

المسمى

غاية البيان نادرة الزمان في آخر الأوان

تصنيف

الإمام القاضي الفقيه الأصولي النظار أبي حنيفة

قوام الدين أمير كاتب بن أمير عمر الأتقاني الفارابي الحنفي

(ت ٧٥٨هـ)

تحقيق

مركز الدراسات والبحوث

بمؤسسة علم لإحياء التراث والخدمات الرقمية

إشراف

عبد العاطي محيي أحمد الشرقاوي

المجلد الثاني عشر

كتاب الدعوى - فصل في الاختلاف

دار الضياء

للنشر والتوزيع

الكويت

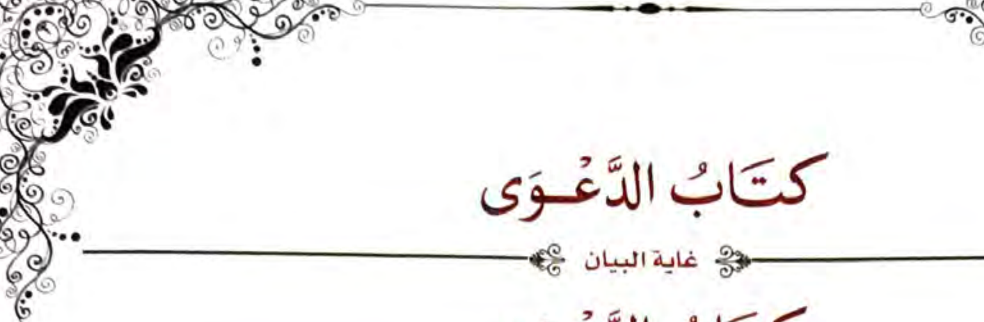
علم لإحياء التراث

والخدمات الرقمية

لندن - مصر



بسم الله الرحمن الرحيم



كتَابُ الدَّعْـوَى

[١٢/٧٥ظ/د]

كتَابُ الدَّعْـوَى

لَمَّا كانتِ الوَكَالَةُ بالخُصُومَةِ مِنْ أنواعِ الوكالاتِ، وهيَ سَبَبٌ داعٍ إلى الدَّعوى والخُصُومَةِ: ناسَبَ ذِكْرُ كتابِ الدَّعوى عَقِيبَ كتابِ الوَكَالَةِ؛ لأنَّ المُسَبَّبَ يقْتَضِي سابقةَ السَّبَبِ.

اعلَمْ أوَّلًا: أنَّ الدَّعْوى مَشْرُوعٌ بِالكتابِ والسُّنَّةِ وإجْماعِ الأُمَّةِ.

أمَّا الكِتابُ: فقَولُه تَعالى في قصَّةِ داوُدَ عليه السلام: ﴿وَءَاتَيْنَٰهُ ٱلْحِكْمَةَ وَفَصْلَ ٱلْخِطَابِ ۝٢٠ ۞ وَهَلْ أَتَىٰكَ نَبَؤُاْ ٱلْخَصْمِ إِذْ تَسَوَّرُواْ ٱلْمِحْرَابَ ۝٢١ إِذْ دَخَلُواْ [٢/٣٢٣و] عَلَىٰ دَاوُۥدَ فَفَزِعَ مِنْهُمْ قَالُواْ لَا تَخَفْ خَصْمَانِ بَغَىٰ بَعْضُنَا عَلَىٰ بَعْضٍ فَٱحْكُم بَيْنَنَا بِٱلْحَقِّ وَلَا [٦/٦٠و/م] تُشْطِطْ وَٱهْدِنَآ إِلَىٰ سَوَآءِ ٱلصِّرَٰطِ﴾ [ص: ٢١ - ٢٢].

قالَ في «**التَّيسير**»[١] و«**الكشاف**»[٢]: «عَن عَلِيٍّ رضي الله عنه في تَفسيرِ فَصْلِ الخَطَّابِ: أنّه البَيِّنَةُ على المُدَّعِي، واليَمِينُ على المُدَّعَى عليْه»[٣]، وهذا وإنْ كانَ شريعةَ مَن قبْلَنا؛ يلزمُنا على أنَّه شريعةُ رسولِنا ما لَمْ يَرِدِ النسْخُ.

والخَصْمُ: الخُصَماءُ، يقَعُ عَلى الواحِدِ والجمْعِ [١٢/٧٦و/د] كالضَّيْفِ، و﴿تَسَوَّرُواْ ٱلْمِحْرَابَ﴾، أيْ: تصَعَّدوا سُورَه ونزَلوا إليْه. **والسُّورُ**: الحائطُ المرتَفِعُ، ﴿وَلَا تُشْطِطْ﴾، أي: لا تَجُرْ، و﴿سَوَآءِ ٱلصِّرَٰطِ﴾: وسَطُه، مَثَلٌ لعيْنِ الحقِّ ومَحْضِه. كذا في «**الكشاف**»[٤].

---

(١) هو: «التيسير في التفسير» لنجْم الدين أبي حفص عُمَر بن محمد النسَفِيّ. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٢) ينظر: «الكشاف» للزمخشري [٤/٨٢].

(٣) لَمْ نَقِف عليه مُسنداً.

(٤) ينظر: «الكشاف» للزمخشري [٤/٨٠].

. . . .

غاية البيان

وأَمَّا السُّنَّةُ: فما روىٰ محمدُ بنُ الحسنِ عَن عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ عَنْ رَسُولِ اللهِ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِي، وَاليَمِينُ عَلَىٰ مَنْ أَنْكَرَ»[(١)].

ورَوَىٰ سِمَاكُ بْنُ حَرْبٍ: عن تَمِيمِ بْنِ طَرَفَةَ أَنَّهُ قَالَ: «اخْتَصَمَ رَجُلَانِ إِلَىٰ النَّبِيِّ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي بَعِيرٍ، وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا البَيِّنَةَ أَنَّهُ بَعِيرُه، فَقَسَمَهُ النَّبِيُّ عَلَيْهِ السَّلَامُ»[(٢)].

ورَوَىٰ عبدُ الرَّحمنِ ابنُ أَبِي لَيْلَىٰ أنَّه قالَ: «كُنْتُ قَاعِدًا عِنْدَ أَبِي الدَّرْدَاءِ، فَاخْتَصَمَ إِلَيْهِ رَجُلَانِ فِي فَرَسٍ، فَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا البَيِّنَةَ أَنَّهُ نُتِجَ فِي مِلْكِي، وَأَنَّهُ لَمْ يَبِعْ ولَمْ يَهَبْ، فَقَضَىٰ بِهِ [١٢/٧٦ظ/د] بَيْنَهُمَا، وَقَالَ: مَا أَحْوَجَنَا إِلَىٰ سِلْسِلَةِ بَنِي إِسْرَائِيلَ، كَانَتْ تَنْزِلُ فَتَأْخُذُ بِعُنُقِ الظَّالِمِ»[(٣)]، وعلىٰ هذا انعقَدَ إجماعُ الأُمَّةِ.

---

(١) أخرجه: الترمذي في كتاب الأحكام/ باب ما جاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه [رقم/١٣٤١]، ومحمد بن الحسن في: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [١١/٥٠٧/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية]، وابن عدي في «الكامل» [٦/٣١٠]، والدارقطني في «سننه» [٤/١٥٧]، والبيهقي في «السنن الكبرىٰ» [٨/١٢٣]، عَن عَمْرو بن شُعَيب، عن أبيه، عَن جَدِّهِ رضي الله عنه به. واللفظ لمحمد بن الحسن.

قال الترمذي: «هذا حديثٌ في إسناده مقال».

وقال العيني: «هذا الحديث معلول». ينظر: «نخب الأفكار شرح المعاني والآثار» للعَيْنِيّ [١٥/٣٨٢].

(٢) أخرجه: عبد الرزاق في «مصنفه» [رقم/١٥٢٠٢، ١٥٢٠٣]، وابن أبي شيبة [رقم/٢١١٥٧، ٢٩٠٤٧]، والطحاوي في «بيان مشكل الآثار» [١٢/٢٠٦]، والطبراني في «المعجم الكبير» [٢/٢٠٤]، والبيهقي في «السنن الكبرىٰ» [١٠/٢٥٨]، وفي «معرفة السنن والآثار» [١٤/٣٥٥]، من طريق سِمَاك بْن حَرْبٍ عَنْ تَمِيمِ بْنِ طَرَفَةَ به نحوه.

قال البيهقيُّ: «هذا منقطع. قال الشافعي رضي الله عنه في «كتاب القديم»: تميم رجل مجهول، والمجهولُ لو لَمْ يُعارِضه أحدٌ لا تكون روايته حجة». ينظر: «نصب الراية» للزيلعي [٤/١٣٧]، و«البدر المنير» لابن الملقن [٩/٦٩٢].

(٣) أخرجه: عبد الرزاق في «مصنفه» [رقم/١٥٢٠٤]، والطحاوي في «بيان مشكل الآثار» [١٢/٢١٤]، عَن عبد الرَّحْمَن بن أبي ليلَىٰ عن أبي الدَّرْدَاء رضي الله عنه به.

. . . .

ثمَّ ينبَغي لكَ أنْ تعرفَ تفسيرَ الدَّعوىٰ لغةً، وشريعةً، ورُكْنَه، وشَرْطَه، وحُكْمَه.

أمَّا تفسيرُه لغةً: فهيَ في اللُّغةِ عبارةٌ عَنْ إضافةِ الشَّيءِ إلىٰ نفسِه حالةَ المُسَالمَةِ والمُنَازَعَةِ جميعًا، مَأْخُوذٌ مِن قولِهم: ادَّعَىٰ فلانٌ شيئًا؛ إذا أضافَه إلىٰ نفسِه بأنْ قالَ: هُوَ لي، ومنهُ دعوةُ الولدِ؛ لأنَّه يُضِيفُه إلىٰ نفسِه فيقولُ: ابنِي[1].

وفي عُرْف الشَّرْعِ: يُرَادُ بِه: إضافةُ الشَّيءِ إلىٰ نفْسِه في حالةٍ مخصوصةٍ، أيْ: في حالةِ المُنَازَعَةِ[2]، لا في حالةِ المُسالمَةِ، ولِهذا قالَ النبيُّ ﷺ: «**البَيِّنَةُ عَلَىٰ المُدَّعِي، وَاليَمِينُ عَلَىٰ مَنْ أَنْكَرَ**»[3]، فالبَيِّنَةُ واليَمِينُ إنَّما يُحْتاجُ إليْهِما حالةَ المُنَازَعَةِ.

وأَمَّا رُكْنُه: فما هوَ تفسيرُه لغةً، وهوَ إضافةُ الشيءِ إلىٰ نفسِه؛ لأنَّ رُكْنَ الشَّيءِ ما يقومُ بِه الشَّيءُ، والدَّعوىٰ إنَّما تقومُ بِإضافةِ المُدَّعِي إلىٰ [١٢/٧٧و/د] نفسِه، فكانَ رُكنًا.

وأَمَّا شرْطُه: فمجلسُ القَضَاءِ؛ لأنَّ الدَّعوىٰ لا تصحُّ في غَيرِ مجلِسِ القاضي، حتَّىٰ لا يجب عَلىٰ المُدَّعَىٰ عليْه جوابُ المُدَّعِي، وأنْ يكونَ المُدَّعِي مِن أهلِ المعْرفةِ والتَّمْييزِ[4] شرْطٌ لصحَّتِه، إلَّا أنَّه ليسَ بشَرْطٍ خاصٍّ لَه، بَل يُشْتَرطُ لِصحَّةِ الكَلامِ، دعْوىٰ كانَ أوْ غيرِه.

وأَمَّا حُكْمُه: فوجوبُ الجوابِ عَلىٰ الخَصْمِ [٦/٦٠ظ/م]، إمَّا بـ«نعَم»، أوْ

(١) ينظر: «التعريفات» [ص/ ١٠٤]، «أنيس الفقهاء» [ص/٩٠].

(٢) ينظر: «تبيين الحقائق» [٤/٢٩٠]، «الجوهرة النيرة» [٢/٢١٠]، «البحر الرائق» [٧/١٩١]، «فتح باب العناية» [٣/٣٨٤].

(٣) مضىٰ تخريجه.

(٤) وقع بالأصل: «والتميز». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

....

غاية البيان

بـ«لا»، ولهذا وجَبَ على القاضي إحضارُه مجلسَ الحُكْم حتَّى يُوَفِّيَ ما استُحِقَّ عليهِ مِن الجوابِ، وحُكْمُ الشَّيءِ: ما يجبُ بِه، فكانَ وجوبُ الجوابِ حُكْمًا.

ثمَّ إذا أَجابَ بـ«نعم»؛ يجبُ مَا ادَّعاهُ[1] المُدَّعِي بإقرارِ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ، وإنْ قالَ: لا. يَقولُ القاضي للمُدَّعِي: أَلَكَ بَيِّنَةٌ؟ فإنْ قالَ: لا. يقولُ: لكَ يَمينُه، فإنْ طلبَ المُدَّعِي يمينَه؛ استحلَفه، فإنْ حَلَفَ؛ بَرِئَ عنِ الدعْوَىٰ، وإنْ نَكَلَ؛ لزمَه الدعْوَىٰ.

والأصلُ في ذلِكَ: مَا رُوِيَ أَنَّ الحَضْرَمِيَّ وَالكِنْدِيَّ اخْتَصَمَا إِلَىٰ رَسُولِ اللهِ ﷺ [١٢/٧٧ظ/د] فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ للمُدَّعِي مِنْهُمَا: «**أَلَكَ بَيِّنَةٌ؟**» فَقَالَ: لَا، فَقَالَ: «**لَكَ يَمِينُهُ لَيْسَ لَكَ غَيْرُ ذَلِكَ**»[2]. كذا ذكرَ شيخُ الإسلامِ أبو بكرٍ الحَسنُ بنُ الحُسَيْنِ[3] المعروفُ بخُوَاهَر [٢/٣٢٣ظ] زَادَه في «**مبسوطه**».

وقالَ شيخُ الإسْلامِ علاءُ الدِّينِ أَبو الحَسَنِ عَلِيُّ بنُ محمَّدٍ الأَسْبِيجَابيُّ في «**شرح الكافي**» للحاكِمِ الشَّهيد: «اعلَمْ بأنَّ قطْعَ الخُصُومَةِ والمُنَازَعَةِ واجبٌ عقلًا وشرعًا، والدَّعْوَىٰ مُنَازَعَةٌ وخُصُومَةٌ، وطريقُ قَطْعِها: البَيِّنَةُ مِن جهةِ المُدَّعِي؛ لأنَّه يتَرَجَّحُ جهةُ الصدْقِ في خبَرِه، بانضمامِ قولِ العَدلَيْنِ إليْه، واليمينُ مِن جهةِ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ؛ لأنَّه يظهرُ جهةُ الصدْقِ في كلامِه.

وعليهِ دَلَّ قولُه ﷺ: ـ فيما رواهُ محمَّدُ بنُ الحسنِ بإِسْنادِه عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «**البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِي، وَاليَمِينُ**

---

(١) وقع بالأصل: «أداه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٢) مضىٰ تخريجه.

(٣) كذا سمَّاه المؤلفُ هنا: «الحَسنُ بن الحُسَيْن»! والمشهور أنه «محمد بن الحُسَيْن». وهكذا سَمَّاه المؤلِّفُ غير مرة فيما مضىٰ. وهو الصواب. وقد تقدَّمَتْ ترجمتُه.

قَالَ: المُدَّعِي مَنْ لَا يُجْبَرُ عَلَى الخُصُومَةِ إِذَا تَرَكَهَا، وَالمُدَّعَى عَلَيْهِ مَنْ يُجْبَرُ عَلَى الخُصُومَةِ، وَمَعْرِفَةُ الْفَرْقِ بَيْنَهُمَا مِنْ أَهَمِّ مَا يُبْتَنَى عَلَيْهِ مَسَائِلُ الدَّعْوَى،

عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»[١]، جعَلَ البَيِّنَةَ [١٢/٧٨و/د] حُجةَ جنسِ المُدَّعِينَ، واليَمِينَ حُجةَ جنسِ المُنْكِرِينَ.

وعنْ إبراهيمَ قالَ: «البَيِّنَةُ على المُدَّعِي، واليَمِينُ على المُدَّعَى عَلَيْهِ، وكانَ لا يَرُدُّ اليَمِينَ»[٢]، وهوَ مذهبُنا». إلى هُنا لفْظُه ﵀.

قولُه: (قَالَ: المُدَّعِي مَنْ لَا يُجْبَرُ عَلَى الخُصُومَةِ إِذَا تَرَكَهَا، وَالمُدَّعَى عَلَيْهِ مَنْ يُجْبَرُ عَلَى الخُصُومَةِ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصره»[٣].

اعلَمْ: أنَّ المشايخَ اختَلفوا في حَدٍّ يمتازُ بِه المُدَّعِي مِن المُدَّعَى عَلَيْهِ. قالَ الشيخُ الإمامُ الفقيهُ محمَّدُ بنُ أحمدَ الأَسْبِيجَابيُّ في «شرْح الطَّحَاوِيِّ»: «قالَ بعضُهم: يُنْظَرُ إلى المُنْكِرِ منهُما، فأيُّهما كانَ مُنْكِرًا فالآخرُ مُدَّعٍ.

وقالَ بعضُهم: كلُّ مَنِ ادَّعَى باطنًا ليزيلَ بِه ظاهرًا؛ فهوَ مُدَّعٍ، وكلُّ مَنِ ادَّعَى ظاهرًا وإِقْرَارًا لِشَّيءِ على هيئتِه؛ فهوَ مُنْكِرٌ، كما إذا ادَّعَى عينًا في يدِ رَجُلٍ، وأنكرَ صاحبُ اليدِ؛ فالخارجُ مُدَّعٍ؛ لأَنَّه يدَّعِي باطنًا ليزيلَ بِه ظاهرًا؛ لأنَّ اليدَ تدلُّ على المِلْكِ في الظّاهرِ لدَفْعِ الِاسْتِحْقَاقِ، لا لِلِاسْتِحْقَاقِ [٦/٦١و/م]، وصاحبُ اليدِ مُنْكِرٌ [١٢/٧٨ظ/د]؛ لأنَّه يدَّعِي قرارَ يدِه، ومِلْكه على ظاهِرِه.

وكذلِكَ إذا ادَّعَى دَيْنًا فهو المُدَّعِي؛ لأنَّه يدَّعِي شغلَ الذِّمَّةِ، والذِّمَّةُ في الظّاهرِ فارغةٌ، والآخرُ مُنْكِرٌ؛ لأنَّه يدَّعِي ظاهرَ الشَّيءِ، وهوَ فراغُ الذِّمَّةِ.

---

(١) مضى تخريجه.

(٢) أخرجه: أبو يوسف في «الآثار» [ص/١٦١]. ومحمد بن الحسن في: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٧/٥٧٤/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية]. عَنْ إِبْرَاهِيمَ النَّخَعِيِّ ﵀ به.

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢١٤].

....

وقالَ **بعضُهم**: صورةُ المُدَّعِي هوَ أنَّه إذا ترَكَ دعْواهُ تُرِكَ، والمُنْكِرُ هوَ الَّذي إذا ترَكَ دعْواهُ لا يُتْرَكُ.

وقالَ **بعضُهم**: كلُّ مَن شَهِدَ بما في يدِ غيرِه لنفسِه؛ فهُو مُدَّعٍ، وكلُّ مَن شَهِدَ بِما في يدِ نفسِه لنفْسِه؛ فهوَ مُنْكِرٌ، وكلُّ مَن شَهِدَ بما في يدِ غيرِه لغيرِه؛ فهوَ شاهدٌ، وكلُّ مَن شَهِدَ بِما في يدِه لغيرِه؛ فهُوَ مُقِرٌّ»[١]. إلىٰ هُنا لفْظُ الإمامِ الأَسْبِيجَابيِّ في «**شرح الطَّحَاوِيِّ**».

وقالَ **شمسُ الأئمَّة** في «**شرح الكافي**»: «المُدَّعِي لغةً: مَن يقْصِدُ إيجابَ الحقِّ علىٰ الغيرِ، وفي عُرْفِ اللِّسانِ: يتناولُ مَن لا حُجَّةَ لَه، ولا يتناوَلُ مَن لَه حُجَّةٌ، فإنَّ القاضي يُسمِّيهِ مُدَّعِيًا قبْلَ إقامةِ البَيِّنَةِ، فأمَّا بعدَ إقامةِ البَيِّنَةِ يُسَمِّيهِ مُحِقًّا، ويُقالُ لمُسَيْلِمَةَ: مُدَّعِي النبُوَّةِ، وَلَا يُقَالُ لِرسولِ اللهِ: مُدَّعِي النبُوَّةِ؛ لأنَّه قدْ أَثبَتَها بالمعْجزةِ، فعرَفْنا أنَّ إطلاقَ الاسمِ علىٰ مَن لا حُجةَ لَه عُرْفًا»[٢].

وقالَ **بعضُهم**: المُدَّعِي مَن يتمسَّكُ بِما ليسَ بِثابتٍ، والمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ: مَن يتمسَّكُ بِما هوَ ثابتٌ، إلَّا أنَّ التَّمسُّكَ مِن المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ بِما هوَ ثابتٌ: تارةً يَثْبُتُ نَصًّا، وتارةً يَثْبُتُ اقتضاءً.

أمَّا نصًّا: فكما إذا ادَّعَىٰ عيْنًا في يدِ آخَرَ أنَّه لَه، فقالَ ذو اليَدِ: هوَ لي وليسَ لَك. كانَ ذو اليدِ مُنْكِرًا والخارجُ مُدَّعِيًا؛ لأنَّ الخارجَ ادَّعَىٰ ما ليسَ بثابتٍ، فإنَّ [١٢/٧٩و/د] المِلْكَ لَه فيما ادَّعَىٰ لَمْ يُعْرَفْ ثبوتُه، وذو اليدِ تمسَّكَ بِما هوَ ثابتٌ نَصًّا إنْ قالَ: هوَ لي، فإنَّ المِلْكَ لَه ثابتٌ بظاهِرِ يدِهِ.

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابِيِّ [ق٤٣٧].

(٢) ينظر: «المبسوط» للسَّرَخْسِيِّ [١٧/٢٩].

وَقَدِ اخْتَلَفَتْ عِبَارَاتُ الْمَشَايِخِ فِيهِ، ....

وأمَّا اقتضاءً: فكما إذا قالَ: ليسَ لكَ؛ لأنَّه لَمَّا نفىٰ مِلْكَ المُدَّعِي؛ بَقِيَ المِلْكُ لَه، فكأنَّه قالَ: هوَ لي اقتضاءً، وكذلِكَ إنِ ادَّعَىٰ علىٰ أحدٍ دَيْنًا، وأنكَرَ المُدَّعَىٰ [٣٢٤/٢و] عليْه؛ كانَ صاحبُ الدَّيْنِ مُدَّعِيًا؛ لأنَّه يدَّعِي ما ليسَ بثابتٍ، فإنَّه يدَّعِي شغلَ ذِمَّتِه، وأنَّه ليسَ بثابتٍ، والآخرُ مُدَّعًىٰ عليْه؛ لأنَّه تمسَّكَ بِما هوَ ثابتٌ نصًّا، إنْ قالَ: ذمَّتي فارغةٌ عنِ الدَّيْنِ، وإن قالَ: ليسَ لكَ عَليَّ دَيْنٌ اقتضاءً؛ لأنَّه لَمْ يكُن عليْه دَيْنٌ؛ لأنَّ ذمَّتَه فارغةٌ كما خُلِقَتْ في الأَصْلِ.

وإذا أقَرَّ المَدْيُونُ بِالدّيونِ، إلَّا أنَّه ادَّعَىٰ الإيفاءَ أو الإبراءَ؛ كانَ المَدْيُونُ مُدَّعِيًا وصاحبُ الدَّيْنِ مُنْكِرًا؛ لأنَّ صاحبَ الدَّيْنِ تمسَّكَ بِما هوَ ثابتٌ باتِّفاقِهما، وهو شغلُ رقبتِه بالدَّيْنِ، والمُدَّعِي بِما ليسَ بثابتٍ [٦١/٦ظ/م]، وهوَ فراغُ ذِمَّتِه عنِ الشّغلِ بعدَما ثبَتَ الشّغلُ.

فإنْ قيلَ: هذا يُشْكِلُ بِالمُودَعِ [٧٩/١٢ظ/د] إذا قالَ: رددْتُ الوَدِيعَةَ. وقالَ ربُّ المالِ: لَمْ تَرُدَّ؛ كانَ المُودَعُ مُنْكِرًا حتّىٰ كانَ عليْهِ اليَمِينُ، وصاحبُ المالِ مُدَّعٍ، وصاحبُ المالِ تمسَّكَ بِما هوَ ثابتٌ، وهوَ عدمُ الرَّدِّ، والمُودَعُ ادَّعَىٰ بِما ليسَ بثابتٍ، وهوَ الرَّدُّ.

فالجوابُ عنهُ: أنَّ المُودَعَ إنِ ادَّعَىٰ ما ليسَ بثابتٍ مِن حيثُ الصّورةُ، وهوَ الرَّدُّ، فقد تَمسَّكَ بِما هوَ ثابتٌ مِن حيثُ المعْنَىٰ، وهوَ فراغُ ذِمَّتِه عنِ الضَّمَانِ، فإنَّه بِما قالَ يدَّعِي فراغَ ذِمَّتِه عَنِ الضَّمَانِ، وفراغُ ذِمَّتِه عنِ الضَّمَانِ أصْلٌ.

وصاحبُ المالِ إنْ تَمَسَّكَ بِما هوَ ثابتٌ مِن حيثُ الصّورةُ، وهوَ عدمُ الرَّدِّ؛ فقَد تَمَسَّكَ بِما ليسَ بِثابتٍ مِن حيثُ المعْنىٰ، وهوَ شغلُ ذِمَّةِ المُودَعِ بِالضَّمَانِ، والعبرةُ للمعْنىٰ. كذا قالَ شيخُ الإسْلامِ خُوَاهَر زَادَه في «مبسوطه».

قولُه: (اخْتَلَفَتْ عِبَارَاتُ المَشَايِخِ فِيهِ)، أيْ: في الفرْقِ بينَ المُدَّعِي

فَمِنْهَا: مَا قَالَ فِي: «الكِتَابِ» وَهُوَ حَدٌّ عَامٌّ صَحِيحٌ.

وَقِيلَ: الْمُدَّعِي مَنْ لَا يَسْتَحِقُّ إِلَّا بِحُجَّةٍ كَالْخَارِجِ، وَالْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ مَنْ يَكُونُ مُسْتَحِقًّا بِقَوْلِهِ مِنْ غَيْرِ حُجَّةٍ كَذِي الْيَدِ، وَقِيلَ: الْمُدَّعِي: مَنْ يَلْتَمِسُ غَيْرَ الظَّاهِرِ، وَالْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ: مَنْ يَتَمَسَّكُ بِالظَّاهِرِ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ رحمه الله فِي الْأَصْلِ: الْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ هُوَ الْمُنْكِرُ، وَهَذَا صَحِيحٌ لَكِنَّ الشَّأْنَ فِي مَعْرِفَتِهِ التَّرْجِيحُ بِالْفِقْهِ عِنْدَ الْحُذَّاقِ مِنْ أَصْحَابِنَا رَحْمَةُ اللهِ عَلَيْهِمْ؛ لِأَنَّ الاعْتِبَارَ لِلْمَعَانِي دُونَ الصُّورِ، فَإِنَّ الْمُودِعَ إِذَا قَالَ رَدَدْتُ الْوَدِيعَةَ فَالْقَوْلُ لَهُ مَعَ الْيَمِينِ، وَإِنْ كَانَ مُدَّعِيًا لِلرَّدِّ صُورَةً؛ لِأَنَّهُ يُنْكِرُ الضَّمَانَ.

غاية البيان

والمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ.

قولُه: (فَمِنْهَا: مَا قَالَ فِي [١٢/٨٠و/د] «الكِتَابِ»)، أيْ: فمِنْ جملةِ عباراتِ المشايخِ: ما قالَ القُدُورِيُّ في «**مختصره**».

قولُه: (وَقِيلَ: المُدَّعِي: مَنْ يَلْتَمِسُ غَيْرَ الظَّاهِرِ، وَالمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ: مَنْ يَتَمَسَّكُ بِالظَّاهِرِ)، وهَذا في معْنىٰ قولِ بعضِهم: كلُّ مَنِ ادَّعَىٰ باطنًا ليزيلَ بِه ظاهرًا؛ فهُو مُدَّعٍ، وكلُّ مَنِ ادَّعَىٰ ظاهرًا وإِقْرَارًا لشيءٍ علىٰ هيئتِه؛ فهوَ مُنْكِرٌ، وقدْ مَرَّ بيانُ ذلِكَ.

قولُه: (وَهَذَا صَحِيحٌ)، أيِ: الَّذي ذكرَه محمدٌ بقولِه: المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ هوَ المُنْكِرُ[١].

قولُه: (لَكِنَّ الشَّأْنَ فِي مَعْرِفَتِهِ)، **أيْ: في معْرفةِ المُنْكِرِ؛ لأنَّه إذا عرفَ أنَّ** أحدَ المتخاصِمَيْنِ مُنْكِرٌ؛ فالآخرُ مُدَّعٍ لا مَحالةَ، (وَالتَّرْجِيحُ بِالفِقْهِ)، أيْ: ترجيحُ

---

(١) ينظر: «فتاوىٰ النوازل» [ص ٣٠٤]، «المبسوط» [٣١/١٧، ٣٢]، «تحفة الفقهاء» [١٨١/٣، ١٨٢]، «الفقه النافع» [١١٨٩/٣]، «بدائع الصنائع» [٣٣٦/٥]، «تبيين الحقائق» [٢٩٠/٤، ٢٩١]، «الفتاوىٰ الهندية» [٤/٤].

قَالَ: وَلَا تُقْبَلُ الدَّعْوَىٰ حَتَّىٰ يَذْكُرَ شَيْئًا مَعْلُومًا فِي جِنْسِهِ وَقَدْرِهِ؛ لِأَنَّ فَائِدَةَ الدَّعْوَىٰ الْإِلْزَامُ بِوَاسِطَةِ إِقَامَةِ الْحُجَّةِ، وَالْإِلْزَامُ فِي الْمَجْهُولِ لَا يَتَحَقَّقُ.

غاية البيان

أحدِ المعنيَيْنِ على الآخَرِ مِن كونِ الشَّخصِ مُدَّعِيًا، أوْ مُدَّعًى عليْه، بِالنَّظرِ إلى المعْنى لا بالنَّظرِ إلى الصّورةِ؛ لأنَّه ربَّما يكونُ مُدَّعًى عليْه مَعْنًى، وإنْ كانَ مُدَّعِيًا صورةً، كما إذا قالَ المُودَعُ: رددْتُ الوَدِيعَةَ، وقدْ مَرَّ البيانُ.

وقالَ في «**الشامل**»: «قيلَ: المُدَّعِي: مَن يُثْبِتُ شيئًا، والمُدَّعَى عَلَيْهِ مَن ينْفيهِ».

وممَّا يُشْبِهُ [١٢/٨٠ظ/د] **مسألةَ المُودَعِ**: ما ذكرَ شيخُ الإسْلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيجَابيُّ في «**شرْحِ الكافي**»: «وإنْ كانَ الَّذي في يديْه ادَّعَى أنَّه باعَه مِن هذا الرَّجُلِ أوْ آجَرَه؛ فهوَ المُدَّعِي وعليْه البَيِّنَةُ، وعلى الآخَرِ اليَمِينُ؛ لأنَّه يدَّعِي عليْهِ الأجْرَ أوِ الثَّمَنَ، وأنَّه ليسَ في يدَيْهِ، فتُسْمَعُ بَيِّنَتُه ويُقْضَى بِها، ودعْوى إيفاءِ الدَّيْنِ مِن المَدْيُونِ [٦/٦٢و/م] مِثْلُ هذا، وقَد مَرَّ، وكذلِكَ لوِ ادَّعَى أجَلًا؛ لأنَّه يدَّعِي تأخيرَ المطالبةِ بعدَ قيامِ سببِها، فكانَ عليهِ البَيِّنَةُ».

قولُه: (وَلَا تُقْبَلُ الدَّعْوَىٰ حَتَّىٰ يَذْكُرَ شَيْئًا مَعْلُومًا فِي جِنْسِهِ وَقَدْرِهِ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ في «**مختصره**»[1]، وذلِكَ لأنَّ فائدةَ الدَّعْوَى إلْزَامُ الخَصْمِ بِالحُجَّةِ، والإلْزَامُ إنَّما يتَرتَّبُ على الدَّعْوَى إذا كانتْ صحيحةً لا فَاسِدَةً، والدَّعْوَى الفَاسِدَةُ لا يلزَمُ المطلوبَ حُكْمُها، كما إذا ادَّعَى أنَّه وكَّلَه؛ إذْ للمُدَّعَى عليْه إبطالُ الوَكَالَةِ إذا صحَّتِ الوَكَالَةُ [٢/٣٢٤ظ]، فكانتْ دعْواها فَاسِدَةً.

وكذلِكَ إذا ادَّعَى شيئًا مَجهولًا، لا يلتَفِتُ القاضي إلى ذلِكَ، ولا يُكَلِّفُ [١٢/٨١و/د] المُدَّعَى عَلَيْهِ الجوابَ؛ لأنَّه إنْ أنكرَ لا يصحُّ إقامةُ البَيِّنَةِ عليْها معَ الجَهَالَةِ، وإنْ نَكَلَ عنِ اليَمِينِ؛ لا يُمكِنُ القَضاءُ بالمجهولِ، فسقطَتِ الدَّعْوَى،

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢١٤].

فَإِنْ كَانَ عَيْنًا فِي يَدِ الْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ ، كُلِّفَ إِحْضَارَهَا ؛ لِيُشِيرَ إِلَيْهَا بِالدَّعْوَىٰ ، وَكَذَا فِي الشَّهَادَةِ وَالِاسْتِحْلَافِ ، لِأَنَّ الْإِعْلَامَ بِأَقْصَىٰ مَا يُمْكِنُ شَرْطٌ ، وَذَلِكَ بِالْإِشَارَةِ فِي الْمَنْقُولِ ؛ لِأَنَّ النَّقْلَ مُمْكِنٌ وَالْإِشَارَةُ أَبْلَغُ فِي التَّعْرِيفِ .

وَيَتَعَلَّقُ بِالدَّعْوَىٰ وُجُوبُ الْحُضُورِ ، عَلَىٰ هَذَا : الْقُضَاةُ مِنْ آخِرِهِمْ فِي كُلِّ عَصْرٍ وَوُجُوبُ الْجَوَابِ إِذَا حَضَرَ لِيُفِيدَ حُضُورُهُ وَلُزُومُ إِحْضَارِ الْعَيْنِ الْمُدَّعَاةِ

غاية البيان

فإذا كانَ كذلِكَ ؛ اعْتُبِرَتِ الدَّعْوَىٰ الصَّحيحةُ ، وهِيَ بأنْ يكونَ الْمُدَّعَىٰ معْلوماً في جنسِه كحِنْطةٍ ، وقدْرِه كخمسةِ أقْفِزةٍ ، ونحوِ ذلِكَ .

قولُه : (فَإِنْ كَانَ عَيْنًا فِي يَدِ الْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ ، كُلِّفَ إِحْضَارَهَا ؛ لِيُشِيرَ إِلَيْهَا بِالدَّعْوَىٰ) ، هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[1] .

قالَ صاحبُ «الهداية» : (وَكَذَا فِي الشَّهَادَةِ وَالِاسْتِحْلَافِ) ، يعْني : إذا شَهِدَ الشُّهودُ علىٰ العينِ المدَّعَاةِ ، أوِ اسْتُحْلِفَ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ علىٰ العينِ المُدَّعاةِ ؛ كُلِّفَ إحْضارَها ، وذلِكَ لأنَّ الدَّعْوَىٰ يُشْتَرطُ أنْ تقَعَ في مَعْلُومٍ حتَّىٰ تصحَّ ، والمنقولُ لا يُضْبَطُ بالوصْفِ ، فوَجَبَ الإحضارُ ليقَعَ العِلْمُ بأقْصَىٰ ما يُمكِنُ ، ويرتَفِعَ الاشْتباهُ ؛ لأنَّ الإِشَارَةَ أبلَغُ في التَّعريفِ .

قولُه : (وَيَتَعَلَّقُ بِالدَّعْوَىٰ وُجُوبُ الْحُضُورِ) . . . [١٢/٨١ظ/د] إلىٰ آخرِه ، يعْني : يتعَلَّقُ بِالدَّعْوىٰ الصَّحيحةِ وُجوبُ حُضورِ الخَصْمِ مجلسَ القاضي .

(عَلَىٰ هَذَا : الْقُضَاةُ مِنْ آخِرِهِمْ فِي كُلِّ عَصْرٍ) ، يعْني : أجمَعَ القُضاةُ علىٰ وُجوبِ حُضورِ الخَصْمِ مِن غَيرِ نكيرٍ ، حتَّىٰ إذا قالَ المُدَّعِي : لي عَلَىٰ فلانٍ دعْوىٰ في حقٍّ ؛ فإنَّ القاضي يُعْدِيهِ .

أَلَا ترَىٰ إلىٰ ما قالَ في «شرْح أدب القاضي» ـ في باب الدعْوَىٰ ـ : «وإذا

(١) ينظر : «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢١٤] .

. . . .

تقدَّمَ الرَّجُلُ إلىٰ القاضي وادَّعَىٰ قِبَلَ رَجُلٍ حقًّا، فإنَّ القاضي يُعْدِيهِ بمجرَّدِ الدَّعْوَىٰ، فإنَّ القُضاةَ يفْعلونَ هذا، ولَمْ يُنْكِرْ أحدٌ مِن الفُقهاءِ، فإنَّ ابنَ أبي لَيْلَىٰ كانَ يفْعلُ ذلكَ ولَمْ يُنْكِرْ عليهِ أبو حَنِيفَةَ، وعُمَرُ بن الخَطَّاب فَعَلَه، وعُثْمَانُ وعَلِيٌّ فعَلَا ذلِكَ، والتّابعونَ بعْدَ الصَّحابةِ ـ رضوانُ اللهِ عليهِم أجْمعينَ ـ فعَلُوا ذلِكَ مِن غَيرِ نَكيرِ مُنْكِرٍ، ولا زَجْرِ زاجِرٍ».

وهذا استِحْسانٌ، والقياسُ: ألا يُعْدِيَه؛ لأنَّ الدعْوَىٰ خبَرٌ [٦/٦٢ظ/م] مُتردِّدٌ مُتَمَيِّلٌ بينَ الصّدقِ والكذِبِ، والمحتملُ لا يكونُ حُجَّةً، وفيهِ إضرارٌ أيضًا بالمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ؛ لأنَّه ينقَطِعُ عَن أشْغالِه، وربَّما ينْقُصُ جاهُه بحضُورِه مجلسَ القاضي.

وَجْهُ الاستِحْسانِ: الآثارُ المشهورةُ الّتي وردَتْ [١٢/٨٢و/د] مِن نحوِ قولِه ﷺ: «**مَا رَآهُ المُسْلِمُونَ حَسَنًا؛ فَهُوَ عِنْدَ اللهِ حَسَنٌ**»[1]، ولأنَّ القاضي نُصِبَ لإيصالِ الحقِّ إلىٰ المُسْتَحقِّ، ودَفْعِ الظُّلمِ، ولا يُمكِنُه ذلكَ إلَّا بالجَمْعِ بينَ الخصْمَيْنِ حتَّىٰ يتأمَّلَ، فيعرفَ منهما المحقَّ مِنَ المُبْطِلِ». والبَاقِي يُعْلَمُ في «**شرح أدب القاضي**».

ويتَعَلَّق بِالدَّعوىٰ أيضًا: وجوبُ الجوابِ علىٰ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ بـ: «نعَم»، أوْ بـ: «لا»؛ لأنَّ المَقْصُودَ مِنْ حُضورِه الجوابُ.

ويتَعَلَّقُ بالدَّعْوىٰ أَيضًا: وجوبُ إحْضارِ العَينِ المُدَّعَاةِ مجلسَ القاضي علىٰ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ إذا كانَتْ منقولةً قائمةً في يدِه حتَّىٰ يُشِيرَ المُدَّعِي أوِ الشهودُ إليْها، أوْ يشيرَ إليْها المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ عندَ الاستِحْلافِ.

ويتَعَلَّقُ بالدَّعْوىٰ أيضًا: وجوبُ اليَمِينِ علىٰ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ إذا أنكرَ الحقَّ إذا

---

(١) مضىٰ تخريجه.

لِمَا قُلْنَا وَاليَمِينِ إِذَا أَنْكَرَهُ، وَسَنَذْكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ.

قَالَ: وَإِنْ لَمْ تَكُنْ حَاضِرَةً ذَكَرَ قِيمَتَهَا لِيَصِيرَ الْمُدَّعَى مَعْلُومًا؛ لِأَنَّ الْعَيْنَ

غاية البيان

لَمْ يَقْدِرِ المُدَّعِي على إقامةِ البَيِّنَةِ.

والأصلُ في وجوبِ حضورِ الخَصْمِ: قولُه تَعالى: ﴿وَإِذَا دُعُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ إِذَا فَرِيقٌ مِّنْهُم مُّعْرِضُونَ﴾ [النور: ٤٨]. ذمَّهُم اللهُ تَعالى على الامتِناعِ عَن الحضورِ، فَعُلِمَ: أَنَّ الحضورَ واجبٌ.

[١٢/٨٢ظ/د] قولُه: (لِمَا قُلْنَا)، إِشَارَةٌ إلى قولِه: (لِيُشِيرَ إِلَيْهَا بِالدَّعْوَى).

قولُه: (وَاليَمِينِ)، بالجَرّ عطفًا على إحضارِ العينِ في قولِه: (وَلُزُومُ إِحْضَارِ العَيْنِ).

قولُه: (وَسَنَذْكُرُهُ)، أَيْ: سنذْكُرُ وجوبَ اليَمِينِ عَلى الخَصْمِ في آخِرِ هذا البابِ.

قولُه: (وَإِنْ لَمْ تَكُنْ حَاضِرَةً ذَكَرَ قِيمَتَهَا)، هذا [٢/٣٢٥و] لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[1]، يعْني: إنْ لَمْ تكُنِ العينُ المُدَّعاةُ حاضرةً في يدِ المُدَّعى عَلَيْهِ، بلْ كانَتْ هالكةً، ذكرَ المُدَّعِي قيمتَها حتّى تصحَّ الدَّعْوَى بوقوعِها على مَعْلُومٍ؛ لأنَّ عيْنَ المُدَّعَاةِ تعَذَّرَ مشاهدتُها، ولا يُمكِنُ معرفتُها بالوصْفِ، فاشْتُرِطَ بيانُ القِيمَةِ؛ لأنَّها شيءٌ تُعْرَفُ العينُ الهالِكةُ بِه، وهذا معْنى قولِه: (وَالقِيمَةُ تُعْرَفُ بِهِ)، أيِ: القِيمَةُ شيءٌ تُعرَفُ العينُ بذلِكَ الشَّيءِ.

قالَ الأُسْتَرُوشَنِيُّ في «فصوله» ـ في الفصْلِ التّاسِعِ ـ: «إنَّ الدَّعْوَى لا تخْلو: إمَّا أنْ تقَعَ في الدَّيْنِ أوْ في العَينِ، فإنْ وقعَتْ في العينِ؛ فَلا يخلو: إمَّا إنْ كانَ عقَارًا، أوْ منقولًا، فإنْ كانَ مَنقولًا؛ فلا يخْلو: إمَّا إنْ كانَ قائمًا أوْ هالِكًا.

فإنِ ادَّعَى منقولًا قائمًا، فإنْ أمْكَنَ إحضارُه مجلسَ الحُكْمِ؛ فالقاضي لا

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/٢١٤].

لَا تُعْرَفُ بِالْوَصْفِ، وَالْقِيمَةُ تُعْرَفُ بِهِ، وَقَدْ تَعَذَّرَ مُشَاهَدَةُ الْعَيْنِ.

غاية البيان

[١٢/٨٣و/د] يسْمَعُ دعوىٰ المُدَّعِي، ولا شَهَادَةَ شهودِه إلا بعْدَ إحْضارِ ما وقَعَ فيهِ الدَّعْوَىٰ مجلسَ الحُكْمِ، حتَّىٰ يشِيرَ [٦/٦٣و/م] إليهِ المُدَّعِي والشّهودُ؛ لتنْقَطِعَ الشَّرِكَةُ بينَ المُدَّعِي وغيرِه.

قالَ شمسُ الأئمَّةِ الحَلْوَانِيُّ: «ومِنَ المنقولاتِ ما لا يُمكِنُ إحْضارُه عندَ القاضي، كَالصُّبْرَةِ مِن الطَّعامِ، والقَطِيعِ مِنَ الغنَمِ، فالقاضي بِالخِيَارِ: إنْ شاءَ حضَرَ ذلكَ الموضعَ لوْ تيسَّرَ لَه ذلِكَ، وإنْ كانَ لا يتهيَّأُ لَه الحضورُ، وكانَ مأذونًا بالاستخْلافِ، يبْعَث خليفتَه إلىٰ ذلكَ الموضِعِ، وهوَ نظيرُ ما إذا كانَ القاضي في دارِه، ووقعَتِ الدَّعْوَىٰ في جمَلٍ، ولا يسَعُ في باب دارِه؛ فإنَّه يخْرُجُ إلىٰ بابِ دارِه، أوْ يأمُرُ نائبَه حتَّىٰ يخْرُجَ ليشِيرَ إليهِ الشهودُ بحَضْرَتِه».

وفي «القُدُورِيّ»[1]: «إذا كانَ المُدَّعَىٰ شيئًا يتَعَذَّرُ نقْلُه كالرَّحَىٰ، فالحاكمُ بِالخِيَارِ: إنْ شاءَ حضَرَ، وإنْ شاءَ بعَثَ أمينًا». كذا ذكَرَ في **«الذخيرة»**.

[١٢/٨٣ظ/د] **وذكَرَ القاضي الإمامُ ظَهِيرُ الدِّينِ**: «وهذا إنَّما يَستقيمُ إذا كانَ العينُ المُدَّعَىٰ في المِصْرِ، أمَّا إذا كانَ خارجَ المِصْرِ: كيفَ يَقْضِي القاضي بِه، والمِصْرُ شرْطٌ لجوازِ القَضَاءِ في **ظاهِرِ الرّوايةِ**؟ لكنَّ الطَّرِيقَ فيهِ: أنْ يبعَثَ واحدًا مِن أعوانِه حتَّىٰ يسْمَعَ الدَّعْوَىٰ والبَيِّنَةَ ويقْضِي، ثمَّ بعْدَ ذلِكَ يُمْضِي قضاءَه».

وذكَرَ رشيدُ الدِّينِ في البابِ الثاني مِن «فتاواه» ـ في دعْوىٰ إحْضارِ المُدَّعَىٰ مجلسَ القَضَاءِ ـ: «لا بُدَّ أنْ يقولَ: فواجبٌ عليْه إحضارُه مجلسَ القَضَاءِ؛ لأقِيمَ البَيِّنَةَ عليْه إنْ كانَ جاحدًا، ولا بُدَّ مِن ذِكْرِ هذِه اللَّفظةِ في الدَّعْوَىٰ؛ لأنَّ ذا اليدِ لوْ كانَ مُقِرًّا؛ لا يلزمُه الإحضارُ؛ لأنَّه يأخُذُ مِنَ المُقِرِّ». إلىٰ هُنا لفْظُ كتابِ **«الفصول»**.

(١) يعني: «شرْح القُدُورِيّ علىٰ الكرْخِيّ».

....

وقالَ شمسُ الأئمَّةِ السَّرَخْسِيُّ في «**شرح أدب القاضي**» - في باب الرَّجُلُ يدَّعِي الشيءَ في يَدَيْ رَجُلٍ؛ مِنَ الرَّقِيقِ، والمَتَاعِ، والعَقَارِ -: «ولوْ أنَّ رَجُلًا ادَّعَىٰ [١٢/٨٤و/د] جَارِيَةً في يدِ رَجُلٍ، أوْ غلامًا، أوْ دَابَّةً، أوْ ثوبًا، أوْ عَرْضًا مِنَ العُرُوضِ، أوْ شيئًا مِنَ النقْلِيَّاتِ، فإنَّ القاضيَ يأمُرُ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ بأنْ يُحْضِرَ ذلكَ الشَّيءَ مجلسَ القاضي إنْ كانَ قائمًا، وذلِكَ لأنَّ المُدَّعِيَ والشهودَ يحتاجونَ في الدَّعْوَىٰ والشَّهَادَةِ إلىٰ الإِشَارَةِ إلىٰ ذلِكَ الشَّيءِ، ولا يُمْكنُهُمُ الإِشَارَةُ إليْه إلَّا وأنْ يكونَ ذلكَ الشَّيءُ حاضرًا في مجلسِ القاضي، فيُكَلِّفُه إحضارَه.

ألَا تَرَىٰ أنَّ القاضيَ يُحْضِرُ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ مجلسَه؛ لأنَّه لا تتَحَقَّقُ الدَّعْوَىٰ والشَّهَادَةُ ولا تصحُّ شرْعًا إلَّا بحَضْرَتِه، فوَجَبَ علىٰ القاضي إحضارُه، فكذلِكَ في [٦/٦٣ظ/م] حقِّ المُدَّعَىٰ فيهِ و[قَد][1] أمكنَ إحضارُه، وإذا حضرَ ذلِكَ الشَّيءُ يَسْتَوِي فيهِ إنْ كانَ القاضي يجْلِسُ في المسجدِ أوْ في غَيرِ المسجِدِ، فإنْ كانَت دَابَّةً ولا يقَعُ بصَرُ القاضي، ولا تتأَتَّىٰ الإِشَارَةُ مِنَ الشهودِ، والمُدَّعِي والدَّابَّةُ علىٰ بابِ المسجِدِ [١٢/٨٤ظ/د]، فإنَّ القاضيَ يأمُرُ بإدْخالِ [٢/٣٢٥ظ] الدَّابَّةِ في المسجِدِ، فإنَّ إدْخالَ الدَّابَّةِ في المسجِدِ عندَ وُقوعِ الحاجةِ جائزٌ، ألَا ترىٰ: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ طَافَ بِالبَيْتِ عَلَىٰ نَاقَتِهِ، وَجَعَلَ يَسْتَلِمُ الأَرْكَانَ بِمِحْجَنِهِ»[2].

والطَّوافُ بالبيتِ إنَّما يكونُ في المسجِدِ الحَرامِ، فلَمَّا جازَ إدْخالُ الدَّابَّةِ في المسجِدِ الحرامِ عندَ وُقوعِ الحاجةِ - معَ أنَّ حُرْمةَ المسجِدِ الحرامِ فوقَ حُرْمةِ سائرِ المساجِدِ - فلأَنْ يجوزَ إدخالُها في غيرِه مِنَ المساجِدِ أوْلَىٰ، والصحابةُ لَمْ يمْنَعوا الدوابَّ مِنَ الطَّوافِ.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٢) مضىٰ تخريجه مِن حديث أَبِي الطُّفَيْل ﷺ.

. . . .

غاية البيان

وإنْ كانتْ بحيثُ لوْ وقفَتْ علىٰ بابِ المسجدِ يقَعُ بصْرُ القاضي عليْه، ويَحْصُلُ الإِشَارَةُ إليْه، فإنَّه لا يُدخِلُها في المسجدِ؛ لأنَّه لا يأمَنُ ما يكونُ منْها، وقَد أُمِرْنا بتطْهيرِ المساجدِ، والحاجةُ منعدمةٌ؛ لأنَّ المَقْصُودَ يحْصُلُ بدونِ الإدْخالِ في المسجِدِ.

ثمَّ إذا حضرَ ذلِكَ الشَّيءُ إلىٰ مَجلسِ القاضي [١٢/٨٥و/د]، فشَهِدَ الشُّهودُ بأنَّ هذا الشَّيءَ لَه، ولَمْ يشْهدْوا بأنَّه مِلْكُه؛ يجوزُ ويُقْضَىٰ به؛ لأنَّ اللّامَ في هذا للتَّمليكِ، فَصارَ كأنَّهم قالوا: هذا مِلْكُه. ألَا تَرىٰ أنَّ الثَّابتَ بِالبَيِّنَةِ كالثَّابتِ بِالمُعايَنةِ.

ولوْ عايَنَ القاضي إِقْرَارَ الرَّجُلِ بأنَّ هذا الشَّيءَ لهذا؛ فإنَّ القاضي يَقْضِي بذلك، فكذلِك في حقِّ الشَّهَادَةِ، وكذلِك إذا شهِدوا أنَّ هذا مالِكٌ لَه، أوْ شَهدَ الشُّهودُ علىٰ إقْرارِ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ بأنَّ هذا الشَّيءَ لِلمُدَّعِي؛ فإنَّ هذا يُجَوِّزُ ذلِك، لا إشكالَ فيهِ.

وأمَّا الشُّبْهَةُ في فصْلٍ: وهو أنَّ المُدَّعِي لوِ ادَّعَىٰ أنَّه أقَرَّ بِهذا الشَّيءِ لَه، ولَمْ يَدَّعِ بأنَّه مِلْكِي، وأقامَ الشهودَ عَلى ذلِك، هَل يقْبَلُ القاضي ذلِك منهُ؟ وهَل يَقْضِي بِالمِلْكِ؟

مِن أَصْحابِنا مَن يقولُ: بأنَّ القاضيَ يَقْضِي بِه؛ لأنَّ هذا مِنَ المُدَّعِي يُعْتَبرُ بِما لوْ كانَ هذا مِن الشُّهودِ، فقَدْ ذَكَرْنا أنَّ الشُّهودَ لوْ شَهِدوا بأنَّ هذا أقَرَّ بِهذا الشَّيءِ لَه؛ فإنَّ القاضيَ يقْبَلُ شهادتَهم، وإنْ لَمْ يشْهدوا بأنَّه مِلْكُه، فكذلِك المُدَّعِي إذا ادَّعَىٰ عليْهِ أنَّه أقَرَّ بهذا [الشَّيءَ][1] لَه، ولَمْ يَقُلْ: هوَ مِلْكِي؛ وجَبَ أن تصحَّ هذا الدَّعْوَىٰ، ويَقْضِي لَه القاضي إذا أقامَ البينةَ.

وأكثرُهم علىٰ أنَّه لا تصحُّ هذا [١٢/٨٥ظ/د] الدَّعْوَىٰ، ما لَمْ يَقُلْ: أقرَّ بِه لي، وهوَ مِلْكِي؛ لأنَّ الإِقْرَارَ خبَرٌ، والخبرُ يحتَمِلُ الصدقَ والكذبَ، وإنَّما يُوجِبُ المِلْكَ له إذا كانَ صدْقًا، فأمَّا إذا كانَ كذبًا؛ فإنه لا يُوجِبُ.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

. . . .

والمُدَّعِي بقولِه: أقرَّ بِه لي، لا يَصيرُ [٦/٦٤و/م] مُدَّعِيًا للمِلْكِ، والإِقْرارُ غيرُ مُوجبٍ لِلمِلْكِ، فلَمْ يُوجَدْ دعْوىٰ المِلْكِ، فَلا يُقْضَىٰ بِالمِلْكِ، فلِهذا اشْتُرِطَ دعْوىٰ المِلْكِ، وهوَ أنْ يقولَ: وهوَ مِلْكِي، بخِلافِ الشَّهادَةِ؛ لأنَّ الثَّابتَ بِالبَيِّنَةِ، كالثَّابتِ بِالمُعايَنةِ لِمَا بَيَّنَّا.

ثمَّ لا يُشْتَرطُ في الشَّهادَةِ أنْ يشْهَدوا بأنَّ هذا الشَّيءَ في يدِه إذا كانَ مَنقولًا، بَل إذا أقَرَّ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ بأنَّ ذلكَ في يدِه يكْفِي، وفي العَقَارِ: إنْ أقَرَّ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ بأنَّ العَقَارَ الَّذي وقَعَ فيهِ الدَّعْوَىٰ في يَدي؛ فإنَّ القاضي لا يلْتَفِتُ إلىٰ ذلِكَ ما لَمْ يشْهدِ الشُّهودُ أنَّ هذا المَحْدُودَ في يديْه؛ لأنَّ في المنقولاتِ لا يخْلو: إمَّا أنْ تكونَ العينُ قائمًا أوْ مُسْتهلكًا في يدِ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ:

فإنْ كانَ قائمًا: فلا بُدَّ مِنَ الإحضارِ، ومَتىٰ أُحْضِرَ فالقاضي يُعَايِنُ أنَّه في يدِه، فلِماذا يُكَلِّفُ الشُّهودَ علىٰ الشَّهادَةِ بأنَّه في يدِه؟

وإنْ كانَ مُغَيَّبًا وقالَ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ: هلَكَ في يدِي واسْتُهْلِكَ في يَدي؛ فقَدْ أقَرَّ بوُجوبِ الضَّمَانِ علىٰ نفسِه [١٢/٨٦و/د]، وإقْرارُ الإنسانِ علىٰ نفسِه مقبولٌ صَحيحٌ، فَلا حاجةَ إلىٰ الشَّهادَةِ علىٰ أنَّه في يدِه.

فأمَّا في العَقَارِ: يتَمكَّنُ فيهِ تهمةُ المواضعةِ، وهو أن المُدَّعِي ربَّما واضَعَ رَجُلًا وأحضَرَه مجلسَ القاضي، وادَّعَىٰ عليهِ العَقَارَ وَبَيَّنَ الحُدُودَ، فيُقِرُّ ذلكَ الرَّجُلُ بأنَّ العَقَارَ في يدِه، فيَقْضِي القاضي [٢/٣٢٦و] عليْهِ، فيكونُ ذلِكَ استِحْقاقًا عليْه وعلىٰ غيرِه، والعَقَارُ في الحقيقةِ لَمْ يكُنْ في يدِه، وإنَّما كانتْ في يدِ غَيرِه، وإذا قضَىٰ القاضي ثبتَ الِاسْتِحْقَاقُ علىٰ صاحِبِ اليَدِ.

فلَمَّا تمَكَّنَ تهمةُ المواضَعةِ بهذِه الصِّفَةِ قُلنا: بأنَّ القاضي لا يكتَفِي بإقْرارِ

وَقَالَ الفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ: يُشْتَرَطُ مَعَ بَيَانِ القِيمَةِ ذِكْرُ الذُّكُورَةِ وَالأُنُوثَةِ.

غاية البيان

المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ أنَّه في يدِه، ولكِن يحتاجُ إلىٰ أنْ يشْهَدَ الشُّهودُ أنَّه في يدِه، بخلافِ المنقولِ علىٰ ما مَرَّ». كذا في «**شرح أدب القاضي**».

قولُه: (وَقَالَ الفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ: يُشْتَرَطُ مَعَ بَيَانِ القِيمَةِ ذِكْرُ الذُّكُورَةِ وَالأُنُوثَةِ).

قالَ محمدُ بنُ محْمودٍ الأُسْتَرُوشَنِيُّ في «فصوله» ـ في الفصلِ التّاسعِ ـ: «وإذا ادَّعَىٰ قِيمَةَ دَابَّةٍ مُسْتهْلكةٍ، هَل يحتاجُ إلىٰ ذِكْرِ الأُنُوثَةِ والذُّكُورَةِ؟ اختلفَ المشايخُ رحمهم الله فيه».

وذكرَ الصدْرُ الشهيدُ ـ في باب قَبْضِ المَحاضِرِ والسِّجِلَاتِ مِن ديوانِ القاضي المعْزولِ ـ: «إذا ادَّعَىٰ قِيمَةَ دَابَّةٍ مستهْلكةٍ، لا بُدَّ مِن ذِكْرِ الأُنُوثَةِ [٦/٦٤ظ/م] والذُّكُورَةِ، ولا بُدَّ مِن بيانِ السِّنِّ».

[١٢/٨٦ظ/د] وهذا علىٰ أصْلِ أَبي حَنِيفَةَ رحمه الله مستقيمٌ؛ لأنَّ عندَه القَضَاءُ بقيمةِ المُسْتهلكِ بناءً علىٰ القَضَاءِ بمِلْكِ المُسْتهْلكِ؛ لأنَّ حقَّ المالكِ عندَه قائمٌ في العينِ المُسْتهْلكِ، فإنَّه قالَ: يصحُّ الصُّلْحُ عَن عينِ المَغْصُوبِ عَلىٰ أكثرَ مِن قيمتِه، فلوْ لَمْ يكُن عيْنُ المُسْتهْلكِ مِلْكًا لَه؛ لا يجوزُ الصُّلْحُ علىٰ أكثرَ مِن قيمتِه؛ لأنَّه حينَئذٍ يكونُ الواجبُ في ذمَّةِ المستهْلكِ قِيمَةَ المَغْصُوبِ، وهوَ دَيْنٌ في الذِّمَّةِ، وإذا صالَحَ مِن الدَّيْنِ علىٰ أكثرَ مِن جنسِه لا يَجوزُ.

وإذا كانَ القَضَاءُ بِالقِيمَةِ بناءً علىٰ القَضَاءِ بمِلْكِ المُسْتهْلكِ؛ لا بُدَّ مِن بيانِ المُسْتهْلكِ في الدَّعْوَىٰ والشَّهَادَةِ؛ ليعْلَمَ القاضي بِماذا يَقْضِي، وهذا القائِلُ يقولُ مَعَ ذِكْرِ الأُنُوثَةِ والذُّكُورَةِ، لا بُدَّ مِن ذِكْرِ النَّوعِ بأنْ يقولَ: فرَسٌ، أوْ حِمَارٌ، أوْ ما أشبَهَ ذلِكَ، ولا يُكْتَفَىٰ بذِكْرِ اسْمِ الدَّابَّةِ؛ لأنَّها مَجهولةٌ».

فالحاصِلُ: أنَّ ظاهرَ مذْهبِ أَبي حَنِيفَةَ رحمه الله: أنَّ حقَّ المالكِ في العَينِ المُسْتَهْلكِ

قَالَ: وَإِنِ ادَّعَىٰ عَقَارًا حَدَّدَهُ، وَذَكَرَ أَنَّهُ فِي يَدِ الْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ، ....

قائمٌ، وينتَقِلُ إلى القِيمَةِ بقَبْضِ القِيمَةِ، أوْ بقضاءِ القاضي[1].

وظاهرُ مذهبِهما: أنَّ حقَّ المالكِ ينقطِعُ بنَفْسِ الاستهْلاكِ، وقدْ ذُكِرَ في بعْضِ الكتُبِ خلافُ ذلِكَ.

ومِنَ المشايخِ مَن أبَى ذِكْرَ الذُّكُورَةِ والأُنُوثَةِ، وقالَ: «المَقْصُودُ في دعْوَىٰ الدَّابَّةِ المُسْتَهْلكةِ: القِيمَةُ، والمُدَّعِي والشهودُ لا يسْتَغْنونَ عَن بيانِ القِيمَةِ، والشَّهَادَةُ علىٰ القِيمَةِ مقبولةٌ، وكذا دعْوىٰ القِيمَةِ مسْموعةٌ، فَلا حاجةَ [١٢/٨٧و/د] إلىٰ بيانِ الذُّكُورَةِ والأُنُوثَةِ»[2].

أَلا تَرىٰ أنَّ مَنِ ادَّعَىٰ علىٰ آخرَ مالًا مقدَّرًا، وشَهِدَ الشهودُ له بذلِكَ، فسَأَلَهُم القاضي عَن السَّبَبِ فَقالوا: استهلكَ دَابَّةً؛ فالقاضي يقْبَلُ ذلكَ منهُم، وطريقُه ما قُلْنا.

ولا يُشْتَرطُ ذِكْرُ اللوْنِ والسِّمَةِ، حتَّىٰ لوِ ادَّعَىٰ أنَّه غَصَبَ حِمارًا، وذَكَرَ شِيَتَه[3]، وأقامَ البَيِّنَةَ علىٰ وَفْقِ دعْواهُ، وأحضرَ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ حِمَارًا، فقالَ المُدَّعِي: هذا الَّذي ادَّعيتُه، وزعَمَ الشُّهودُ كذلِكَ أيضًا، فنظَروا فإذا بعْضُ شِيَاتِه علىٰ خلافِ ما قالوا؛ بأنْ قالَ الشُّهودُ: إنَّه مشْقُوقُ الأُذُنِ، وهذا الحِمَارُ غيرُ مَشْقوقِ الأُذُنِ، قالوا: هذا لا يَمْنَعُ القَضاءَ للمُدَّعِي، ولا يكونُ هذا خلَلًا في شهادتِهم. كذا ذكَرَ في «فتاوىٰ القاضي الإمام ظَهِير الدِّين». إلىٰ هنا لفْظُ «الفصول».

قولُه: (قَالَ: وَإِنِ ادَّعَىٰ عَقَارًا حَدَّدَهُ، وَذَكَرَ [٦/٦٥و/م] أَنَّهُ فِي يَدِ الْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ،

---

(١) ينظر: «العناية شرح الهداية» [٨/١٦٠]، «قرو عين الأخيار لتكملة رد المحتار» [٨/٢٣].

(٢) ينظر: «الاختيار» [٢/١١٠]، «الجوهرة النيرة» [٢/٢١٠]، «اللباب في شرح الكتاب» [٤/٢٧].

(٣) الشِيَةُ: كلُّ لونٍ يُخالِف معْظمَ لوْن الفَرَسِ وغيره. والجمْعُ: شِيَات. ينظر: «صحاح اللغة» للجوهري [٦/٢٥٢٤/ مادة: وشي].

وَأَنَّهُ يُطَالِبُهُ بِهِ؛ ....

غاية البيان

وَأَنَّهُ يُطَالِبُهُ بِهِ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصره»(١).

ذكرَ هُنا فُصولًا ثلاثةً:

الأوَّلُ: تحديدُ العَقَارِ، وهوَ بيانُ حَدِّه.

والثّاني: ذِكْرُ المُدَّعِي أنَّ المُدَّعَىٰ في يدِ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ.

والثالثُ: ذكرُ المُدَّعِي أنَّه يطالبُ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ بالمدَّعَىٰ.

أمَّا الفصلُ الأوَّلُ فنقولُ: إنَّما شُرِطَ التَّحديدُ؛ لأنَّ الدَّعْوَىٰ لا تصحُّ في المَجْهُولِ، والعَقَارُ لا يُعْلَمُ [٣٢٦/٢ظ] إلَّا بالتَّحديدِ، فاشْتُرِطَ التَّحديدُ حتَّىٰ تقعَ [١٢/٨٧ظ/د] الشَّهَادَةُ علىٰ مَعْلُومٍ.

قالَ في «شرح الأقطع»: «لو وَقعَتِ الدَّعْوَىٰ في غيرِ مَحْدُودٍ؛ لَمْ تصحَّ حتَّىٰ يحْضُرَ الحاكمُ عندَ الأرْضِ، فيسْمَعَ الدَّعْوَىٰ علىٰ عَيْنِها، ويشيرَ الشهودُ إليْها بالشَّهادةِ»(٢).

قالَ في «شرح أدَبِ القاضي»: «يجبُ علىٰ المُدَّعِي وعلىٰ الشُّهودِ الإعلامُ بأقْصَىٰ ما يُمكِنُ، وأقْصىٰ ما يُمكِنُ في الدَّارِ: البلدةُ، ثمَّ المحلَّةُ الَّتي فيها الدَّارُ في تِلكَ البلدةِ، ثمَّ يُبَيِّنُ حدودَ الدَّارِ؛ لأنَّ التَّعريفَ بأقْصَىٰ ما يُمكِنُ هذا، وهو أنْ يُبَيِّنَ أوَّلًا الاسمَ العامَّ، وهوَ البلدةُ، ثمَّ يُبَيِّنُ ما هوَ الأخصُّ منهُ، وهوَ المحلَّةُ، ثمَّ يُعَرِّفُ بِما هوَ أخصُّ مِن المَحَلَّةِ، وهوَ الحُدُودُ الأرْبعةُ؛ ليَحْصُلَ التَّعريفُ والإعلامُ بأقْصَىٰ ما يُمكِنُ، فإذا فعَلَ ذلِكَ وشَهِدَ الشُّهودُ علىٰ ذلِكَ كلِّه؛ قَبِلَ القاضي وقضَىٰ بِه».

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/٢١٤].

(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٢٦٠].

لِأَنَّـهُ تَعَـذَّرَ التَّعْرِيـفُ بِالْإِشَـارَةِ [٦٨/و] لِتَعَـذُّرِ النَّقْـلِ ، فَيُصَـارُ إِلَـىٰ التَّجْدِيـدِ ،

غاية البيان

وقالَ الأُسْتَرُوشَنِيُّ في الفصْل الثّامن مِنْ «فُصوله»: «ذكرَ الشيخُ الإمامُ الفقيهُ الحاكمُ أبو نَصْرٍ أحمدُ بنُ محمَّدٍ السَّمَرْقَنْدِيُّ(١) في «شُروطه»(٢): إذا وقعَتِ الدعْوَىٰ في العَقَارِ ، لا بُدَّ مِن ذِكْرِ البلدةِ الَّتي فيها الدَّارُ ، ثمَّ مِن ذِكْرِ المَحَلَّةِ ، ثمَّ مِنْ ذِكْرِ السِّكَّةِ ، فيَبْدَأُ الكاتِبُ بذِكْرِ الكُورةِ ، ثمَّ بذِكْرِ المَحَلَّةِ اخْتياراً ؛ لقولِ محمَّدِ بنِ الحسَنِ ، فإنَّ المذهبَ عندَه: أنْ يُبْدَأَ بالأعَمِّ ، ثمَّ يُنْزَلُ مِن الأعَمِّ إلىٰ الأخصِّ .

وقالَ أَبو زيدٍ البَغْدَادِيُّ(٣): يَبْدَأُ بالأخصِّ ، ثمَّ بالأعمِّ فيَقولُ [١٢/٨٨و/د]: دارٌ في سكَّةِ [كذا](٤) ، في محلَّةِ كذا ، في كُورةِ كذا ، وقاسَه علىٰ النَّسَبِ حيثُ يقولُ:

---

(١) هو أبو نصر أحمد بن محمد بن أحمد السمرقندي ، وقد ذكره من المتقدمين محمد بن أحمد بن عمر البخاري ظهير الدين أبي بكر المتوفي سنة ٦١٩هـ في كتابه «الفتاوىٰ الظهيرية» ، ونقله عن كتابه «الشروط وعلوم الصكوك» ، وكذلك نقل عنه الأُسْتَرُوشَنِيُّ في «فصوله» ، والأتقاني ، ونعتوا بـ: الشيخ الحاكم الإمام أبو نصر السمرقندي ، وتارة قال الشيخ الإمام السمرقندي ، ومِن تصانيفه: «تفسير القرآن» ، و«رُسوم القضاة = في الشروط والسجِلات» . و(توفي بعد سنة: ٥٥٠هـ) . ينظر: تحقيق «كتاب الشروط وعلوم الصكوك» [ص٢١] تحقيق الدكتور أحمد جابر بدران ، طبعة دار النشر للجامعات ، «كشف الظنون» لحاجي خليفة [١٠٤٦/٢] .

وأغلب الظن أنه ليس الحدادي الذي حقق له العلامة الدكتور صفوان عدنان الداودي كتاب «الموضح في التفسير» ، وقد كتب عنه مقال مفيداً العلامة الدكتور محمد أجمل الأصلاحي في كتابه «بحوث ومقالات في اللغة والأدب وتقويم النصوص» ، تحت عنوان «الموضح لعم القرآن للحدادي؟» [ص/٣٥٩] ، وأغلب الظن كذلك أنه ليس الإبريسمي الذي ترجم له الإمام الذهبي في «تاريخ الإسلام» [٤٢٠/٣٧] .

(٢) ينظر: «الشروط وعلوم الصكوك» للسمرقندي [ص٩٣] .

(٣) هو أحمد بن زيد الشروطي الحنفي ، من أهل العراق ، وله من الكتب: كتاب «الوثائق» ، وكتاب «الشروط الكبير» ، وكتاب «الشروط الصغير» ، وتوفي في حدود سنة (٢٠٠هـ) . ينظر: «الفهرست» [٢٦١/٦] ، كشف الظنون [١٠٤٦/٢] ، «الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية» [٤٨/١] ، «هدية العارفين» [٤٦/١] .

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «م» .

. . . .

فُلانٌ، ثمَّ يقولُ: ابنُ فلانٍ، ثمَّ يذكرُ الجَدَّ، فيَبْدَأُ بِما هوَ أقْربُ، ثمَّ يترقَّىٰ إلىٰ الأبعدِ.

لكِن ما قالَه محمدُ بنُ الحسَنِ أحسَنُ؛ لأنَّ العامَّ يُعَرَّفُ بالخاصِّ، ولا يُعَرَّفُ الخاصُّ بالعامِّ، وفصْلُ النَّسَبِ حُجَّةٌ عليْهِ؛ لأنَّ الأعمَّ اسمُه، فإنَّ جعفرًا في الدُّنيا كثيرٌ، فإنْ عُرِفَ وإلَّا ترقَّىٰ إلىٰ الأخصِّ فيقولُ: ابنُ محمّدٍ، وهذا أخصُّ، فإنْ عُرِفَ وإلا ترقَّىٰ إلىٰ الجَدِّ». إلىٰ هُنا لفْظُ «**الفصول**».

وقالَ هذا الفصلَ أيضًا في موضعٍ آخرَ: «وذكرَ في «**الذَّخيرة**»: إذا ادَّعَىٰ محدودًا في [٦/٦٥ظ/م] موضعِ كذا، وَبَيَّنَ الحُدُودَ، ولَمْ يُبيِّنْ أنَّ المَحْدُودَ ما هُو: كَرْمٌ، أوْ أرضٌ، أوْ دارٌ، وشَهِدَ الشُّهودُ كذلِكَ، هَل تُسْمَعُ؟ وهَل تصحُّ الدعْوَىٰ والشَّهادَة؟

حكَىٰ فتوَىٰ شمسِ الأئمَّة السَّرَخْسِيِّ: أنَّه لا تصحُّ الدَّعْوَىٰ والشَّهادَةُ، وحكىٰ فتوَىٰ شمسِ الإسْلامِ الأُوزجَنْدِيُّ: أنَّ المُدَّعِي إذا بَيَّنَ المِصْرَ والمَحَلَّةَ والموضعَ والحُدُودَ؛ تصحُّ الدعْوَىٰ، ولا يُوجِبُ ترْكُ بيانِ المَحْدُودِ جَهالَةً في المُدَّعَىٰ.

وكانَ ظَهِيرُ الدِّينِ المَرْغِينَانِيُّ يكْتُبُ في جوابِ الفتوَىٰ: لوْ سمِعَ قاضٍ هذه الدَّعْوَىٰ يجوزُ.

وقيلَ: ذِكْرُ المِصْرِ والقرْيةِ والمَحَلَّةِ ليسَ بِلازمٍ.

وذكرَ رشيدُ الدِّينِ: أنَّه لا بُدَّ أنْ يكْتُبَ بأيِّ قريةٍ، وبأيِّ موضعٍ؛ لترتفِعَ الجَهالَةُ». إلىٰ هنا [١٢/٨٨ظ/د] لفْظُ «**الفصول**» أيضًا.

ثمَّ إذا ذكرَ المُدَّعِي الحُدُودَ الثَّلاثةَ: يُكْتَفَىٰ بِها عندَنا خلافًا لِزُفَرَ.

وقالَ شمسُ الأئمَّة السَّرَخْسِيُّ ـ في باب القاضي يَقْضِي في المسجدِ مِن «**شرح أدَبِ القاضي**» ـ: «ولوْ بيَّنُوا ثلاثةَ حدودٍ، ولَمْ يُبيِّنوا الحَدَّ الرَّابعَ؛ جازَ عندَنا،

وعندَ زُفَرَ: لا يَجوزُ حتَّى يُبيِّنوا الحُدُودَ الأربعةَ، ولوْ بيَّنُوا الحُدُودَ الأربعةَ، وغَلِطوا في أحدِ الحُدُودِ الأرْبعةِ؛ لا تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ بالإجْماعِ.

فزُفَرُ رحمه الله قاسَ ترْكَ أحدِ الحُدُودِ على وُقوعِ الغلَطِ في أحدِ الحُدُودِ الأرْبعةِ، ثمَّ وقوعُ الغلطِ يَمْنَعُ قبولَ الشَّهَادَةِ، فكذلِكَ التّرْكُ؛ لأنَّ المشْهودَ بِه بَقِيَ مجْهولًا، ويختَلِطُ غيرُه بِه، فيختَلِفُ المشْهودُ بِه، ولا يُقْبَلُ.

وعُلماؤُنا رحمهم الله فرَّقوا فيما بيْنهما فقالوا: إذا غَلطوا في أحدِ الحُدُودِ يَختلفُ المشهودُ بِه، فالمشهودُ بِه في شَهَادَةِ هذا غيرُ المشْهودِ بِه [٢/٣٢٧و] في شَهَادَةِ الآخَرِ، فلا يُمْكِنُ القبولُ، بخِلافِ ما لوْ ترَكوا أحدَ الحُدُودِ الأربعةِ؛ لأنَّ المشْهودَ بِه لا يَصيرُ بِه شيئًا آخرَ، فقُلنا: بأنَّه يُقْبَلُ». إلى هُنا لفْظُه في هذا البابِ.

وذكرَ في باب الرَّجُلُ يدَّعِي الشيءَ في يَدَيْ رَجُلٍ؛ مِنَ الرَّقيقِ والمَتَاعِ والعَقَارِ اختلافَ المشايخِ فيما إذا غَلِطوا الحَدَّ[1] الرابعَ، فقالَ: «إذا شَهِدوا الحُدُودَ الأربعةَ، وغَلِطوا الحَدَّ الرابعَ، منهُم مَن يَقولُ: بأنَّه تُقْبَلُ هذِه الشَّهَادَةُ؛ لأنَّ ما غلِطوا فيهِ يُجْعَلُ كأنَّهم ترَكوا أصلًا، فلوْ ترَكوا الحَدَّ الرابعَ؛ تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ، كذا هذا.

[١٢/٨٩و/د] **ومنهُم مَن قالَ: لا تُقْبَلُ؛ لأنَّهم إذا** [٦/٦٦و/م] غلِطوا صارَ المشهودُ بِه شيئًا آخَرَ، فكانَ ذلكَ شَهَادَةً بغيرِ ما شهِدوا بِه، وإذا صارَ ذلكَ غيرَ ما شهِدوا بِه؛ صارَ مَجهولًا، فأمَّا إذا ترَكوا ما صارَ المشهودُ بِه شيئًا آخَرَ، وقَد ذكَروا أكثرَ الحُدُودِ، والأكثرُ يقومُ مقامَ الكلِّ، فَصارَ المُدَّعَى بِه معْلومًا.

ونظيرُ هذا: ما لوْ شَهِدَ الشَّاهدانِ بالبَيْعِ وقَبْضِ الثَّمَنِ، وترَكوا ذِكْرَ الثَّمَنِ؛

---

(١) كذا وقَع: «غَلِطوا الحَدَّ»! وفِعْلُ: «غَلِطَ» لَمْ يذْكُروه إلا متَعدِّيًا بحرْف. وسيَتكَرَّر مِن المؤلف هذا الاستخدامُ فيما يأتي؛ لذا وجَبَ التنويه. وينظر: «معجم الأفعال المتعدِّية بحَرْف» لموسى الأحمدي [ص/٢٦١].

....

جازَ، ولوْ غلِطوا في الثمنِ لا تجوزُ شهادتُهم؛ لأنَّهم مَتىٰ غلِطوا في الثَّمَنِ صارَ هذا عقْدًا آخرَ غيرَ ما ادَّعاه المُدَّعِي، ولا تُقْبَلُ شهادتُهم، وإذا ترَكوا الثَّمَنَ فلا حاجةَ إلىٰ بيانِ الثَّمَنِ، فإنَّ البَيْعَ مَقْبُوضٌ، ولَمْ يَصِرِ العَقْدُ شيئًا آخرَ بتَرْكِ تسميةِ الثَّمَنِ، فتَجوزُ شهادتُهم.

وإنْ ذَكَروا الحَدَّيْنِ: لا تجوزُ شهادتُهم؛ لأنَّ المشْهودَ بِه لا يَصيرُ معْلومًا بذِكْرِ الحدَّيْنِ؛ لأنَّهما إنْ ذكَرَا[1] الحَدَّيْنِ طُولًا بَقِيَ العرْضُ مجهولًا، وإنْ ذَكَرَا[2] الحَدَّيْنِ عَرْضًا بَقِيَ الطُّولُ مجهولًا، ولأنَّ المَحْدُودَ قَد يكونُ مُخمَّسًا أوْ مُسَدَّسًا، فلَمْ يُوجَدْ بذِكْرِ الحَدَّيْنِ ذِكْرُ الأكثرِ ليقومَ مقامَ الكلِّ، فقُلنا: بأنَّه لا يَجوزُ.

بِخلافِ ما إذا ذكَروا الثلاثةَ؛ لأنَّ الظّاهرَ أنَّ المَحْدُودَ يكونُ مُربَّعًا، ويكونُ لَه حدودٌ أربعةٌ، فبِذِكْرِ الثّلاثِ صارَ الكلُّ مذكورًا، فيصيرُ معلومًا.

ورُوِيَ عَن أَبي يوسُف أنَّه قالَ: إنْ ذَكَرَا[3] أحدَ الحَدَّيْنِ طُولًا، وذَكَرَا[3] الحَدَّ الثاني عَرْضًا يجوزُ، وهذِه الرِّوايةُ شاذَّةٌ، وفي [١٢/٨٩ظ/د] **ظاهِرِ الرِّوايةِ: لا** يجوزُ[4]». كذا في «**شرْح أدَبِ القاضي**».

وقالَ القُدُورِيُّ في «كتاب التَّقريب»: «قالَ أبو حَنِيفَةَ: إنْ ذكَروا ثلاثةَ حدودٍ وسكَتوا عنِ الرَّابعِ جازَ، وحُكِيَ عنهُما: أنَّه لا يجوزُ، ثمَّ الدَّارُ إذا كانَت مشهورةً: لا تسْتَغْنِي عن ذِكْرِ الحُدُودِ عَلىٰ قولِ أَبي حَنِيفَةَ علىٰ ما ذكرَ في «**النَّوادرِ**»، وعلىٰ قولِهما: تَستغْنِي عن ذِكْرِ الحُدُودِ». كذا في «**شرْح أدَبِ القاضي**».

---

(١) وقع بالأصل: «إن ذكر». والمثبت من: «م»، و«تح».
(٢) وقع بالأصل: «إن ذكر». والمثبت من: «م».
(٣) وقع بالأصل: «إن ذكر». والمثبت من: «تح».
(٤) ينظر: «البناية شرح الهداية» [٩/٣١٨].

. . . .

وقالَ **القُدُورِيُّ** في كِتاب «**التَّقريب**»: «قالَ أَبو حَنِيفَةَ: إذا شهِدوا بدارٍ ولَمْ يَحُدُّوها؛ لَمْ تُقْبَلْ شهادتُهمْ، **وقالا**: إذا كانَ الدَّارُ مشْهورةً معْروفةً؛ جازَ ذلِكَ كدارِ الصَّيَارَفةِ بِالكوفةِ، ودارِ القُطْنِ ببغْدادِ».

وَجْهُ قولِ أَبي حَنِيفَةَ: أنَّ الدَّارَ المشهورةَ يُمكِنُ أنْ [٦/٦٦ظ/م] يُزَادَ فيها ويُنْقَصَ منْها، والاسمُ مُسْتعملٌ علىٰ وَجْهٍ واحدٍ، فصارَتِ الشَّهَادَةُ واقعةً بالمجْهولِ، وليسَ كذلِكَ الرَّجُلُ المشْهورُ باسْمِه؛ لأنَّ المَقْصُودَ أنْ يُمَيَّزَ الشَّخصُ، وهذا المعْنىٰ يحْصُلُ مَتىٰ اشتهرَ بِاسمِه، والمَقْصُودُ بِالدّارِ: حصولُ جَميعِها، وهذا يختلفُ وإنْ تميَّزَتْ بِالاسْمِ.

ووَجْهُ قولِهما: أنَّ الحُدُودَ في العَقَارِ كالاسْمِ والنَّسَبِ، فإذا كانَ المشهورُ باسمِه كالطّائِعِ والقادِرِ[1]؛ لا يحتاجُ إلىٰ ذِكْرِ نَسبِه، كذلِكَ العَقَارُ المشْهورُ باسْمِه.

ثمَّ في تحْديدِ العَقَارِ لا بُدَّ مِن ذِكْرِ أَسْماءِ أَصْحابِ الحُدُودِ وأنسابِهم، ولا بُدَّ مِن ذِكْرِ الجَدِّ علىٰ مذهَبِ أبي حَنِيفَةَ رحمه الله.

قالَ شمسُ الأئمَّةِ السَّرَخْسِيُّ في «**شرح أدب القاضي**»: «ورُوِيَ في روايةٍ

---

(١) أسماءُ الخليفتَيْنِ. كذا جاء في حاشية: «تح»، و«م».

والطائع: هو الطائع لله عبدُ الكريم بن المُطِيع الفضل بن المقتدر بن المعتضد بن الموفق طلحة بن المتوكل بن الواثق بن المعتصم بن الرشيد بن المهدي بن المنصور الخليفة العبَّاسِيّ. تولىٰ الخلافة في ذي القعدة سنة ثلاث وستين وثلاث مئة، وقبَضوا عليه في شعبان سنة إحدىٰ وثمانين وفيها مات، وكانت خلافتُه سبعَ عشرة سنةً وتسعة أشهر وستة أيام.

والقادر: هو القادرُ بالله أبو العباس أحمد بن إسحاق بن جعفر بن أحمد بن أبي أحمد طلحة بن الخليفة المتوكل العبَّاسِيّ. بُويعَ بالخلافة عند القبض علىٰ الطائع في حادي عشر شهر رمضان سنة إحدىٰ وثمانين وثلاث مئة. وأحبَّه الناسُ فصفا له المُلْك أكثر مِن أربعين سَنَة. (توفي سنة: ٤٢٢هـ). ينظر: «تاريخ الخلفاء» للسيوطي [ص/٢٩١، ٢٩٤].

. . . .

شاذَّةٍ عَن [١٢/٩٠و/د] أبي يوسُف: أنَّ ذِكْرَ الأَبِ لا يُشْتَرطُ أَيضًا، وهذا لا يُعْتَمَدُ عليْه، وإنْ كانَ الرَّجُلُ مشهورًا ـ كشُهْرةِ أبي حَنِيفَةَ وابنِ أَبي ليلَىٰ ـ [٢/٣٢٧ظ]؛ يُسْتَغْنَىٰ بِه عَن ذِكْرِ نسَبِه، وإنْ ذكرَ اسمَه واسمَ أبيهِ وذَكرَ صناعتَه لا يَكْفِي؛ لأنَّ الصِّناعةَ ليستْ بشيءٍ لازِمٍ، فإنَّ الإنسانَ قَد يشتغِلَ بِالصِّناعةِ في زمانٍ ثمَّ يشتغِلُ بصناعةٍ أُخْرىٰ غيرِ تلكَ الصِّناعةِ في زمانٍ آخَرَ، فَلا يحصُلُ بِه التَّعريفُ.

وإنْ ذكَرَ اسمَه واسمَ أبيهِ واسمَ جَدِّه، وفي المَحَلَّةِ رجُلانِ بِهذِه الصِّفَةِ، فإنَّه يذْكُرُ معَ هذا شيئًا ينقطعُ بِه الاشْتِراكُ، ويُبالَغُ في التَّعريفِ بأَقصَىٰ ما يُمكِنُ». إلىٰ هنا لفْظُ شمسِ الأئمَّةِ في باب القاضي يَقْضِي في المسجدِ.

وقالَ في بابِ أداءِ الشَّهادَةِ مِنَ «الفتاوىٰ الصغرىٰ»: «شرَطَ الخَصَّافُ ذِكْرَ الجَدِّ للتعريفِ، وهكذا ذكرَ في «الشروطِ» مِنْ مشايخِنا مَنْ قالَ: هذا قولُهما، أمَّا علىٰ قولِ أبي يوسفَ: اسمُ الأبِ يَكْفِي، وهوَ المعروفُ، ومحمدٌ رحمه الله توسَّعَ في الكتبِ وترَكَ اسمَ الجَدِّ.

وذكَرَ شمسُ الأئمةِ الحَلْوَانِيُّ في «**شرحِ أدبِ القاضي**»: أنَّ هذا قولُ أبي حَنِيفَةَ رحمه الله، أمَّا علىٰ قولِهما: ذِكْرُ اسم الأبِ يَكْفِي، وهكذا ذَكَر الاختلافَ أبو زيدٍ في «**شروطِهِ**» [١٢/٩٠ظ/د]، والصناعةُ لَا يَقُومُ ذِكْرُها مقامَ ذِكْرِ الجَدِّ، إلَّا أنْ تَكُونَ صناعةً يُعْرَفُ بها لَا محالةَ»[1]. إلىٰ هنا لفْظُ «**الفتاوىٰ الصغرىٰ**».

ونَقَلَ في الفصلِ الثامنِ مِنَ «**الفصولِ**» عنِ «**المحيطِ**»[2] و«**الذخيرةِ**»: «وإذا كتبَ: أحدُ حدودِها دارَ فلانٍ؛ لَا يَكْتُبُ اشتراها بحُدودِها؛ لأنَّ الحَدَّ يَدْخُلُ، وإنْ كَتَبَ: أحدُ حدودِها ينتَهِي إلىٰ دارِ فلانٍ [٦/٦٧و/م]، أوْ يُلَازِقُ دارَ فلانٍ؛ يَكْتُبُ:

---

(١) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/١٨٧].

(٢) ينظر: «المبسوط» للسرخسي [٣٠/١٧٠]، «المحيط البرهاني» [٩/٤٥٣].

....

اشتراها بحدودِها.

وذكَرَ **الحاكمُ**: وكانَ محمدُ بنُ الحسنِ يكتُب: يَلِي دارَ فلانٍ، وما ذكَرْناهُ أحسنُ؛ لأنَّ ما يَلِي الشيءَ قدْ يكونُ بينهما فُرْجةٌ، وليسَ يُنْبِئُ عنِ الملاصقةِ».

ثُمَّ قالَ في «الفُصولِ»: «وإنِ ادَّعَىٰ محدودًا، وأحدُ حدودِه أوْ جميعُ حدودِه متصلٌ بمِلْكِ المُدَّعِي، هلْ يحتاجُ إلىٰ ذِكْرِ الفاصلِ؟ فقيلَ: لَا يَحْتَاجُ، وإنْ كانَ متصلًا بمِلْك المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ: يَحْتَاجُ إلىٰ ذِكْرِ الفاصلِ.

وقيلَ: إنْ كانَ المُدَّعَىٰ أرضًا؛ فكذلكَ الجوابُ، وإنْ كانَ بيتًا أوْ دارًا أوْ منزلًا؛ فلَا حاجةَ إلىٰ ذِكْرِ الفاصلِ، والجدارُ فاصِلٌ، وإنْ كانَ المُدَّعَىٰ أرضًا، واحْتِيجَ إلىٰ ذِكْر الفاصِلِ، فذكرُوا الفاصلَ شَجَرَةً؛ فذلكَ لَا يَكْفِي، هكذا حكَىٰ فتوَىٰ شمسِ الإسلامِ الأُوزْجَنْدِيّ؛ لأنَّ الشجرة لَا تحيطُ بجميعِ المُدَّعَىٰ، والفاصلُ يَجِبُ أنْ يَكُونَ محيطًا بجميعِ المُدَّعَىٰ حتىٰ يَكُونَ معلومًا».

ونَقَلَ في «الفصولِ» أيضًا عنْ «شهاداتِ العُدَّةِ»: «المقبرةُ إذا كانتْ رَبْوَةً[1]: تصْلُحُ حَدًّا، وإنْ لَمْ تكنْ رَبْوَةً **لَا تصْلُحُ** [١٢/٩١و/د] حدًّا».

ونَقَلَ أيضًا عنْ شهادات «المحيطِ»: «إذا ذُكِرَ في الحَدِّ: لَزِيقُ أرضِ الوَقْفِ؛ فذلكَ لَا يَكْفِي، ويَنْبَغِي أنْ يَذْكُرَ أنَّها وَقْفٌ علىٰ الفقراءِ أوْ علىٰ مسجدِ كذا، وما أشبهَهُ»[2].

ونَقَلَ أيضًا عنِ «المحيطِ» و«الذخيرةِ»: «إذا ذُكِرَ في الحَدِّ: لَزِيقُ مِلْكِ ورثةِ

---

(١) الرّابِيةُ: ما ارتفع من الأرض. والرَّبْوة والربوة والرِّبْوة: لغات: أرضٌ مُرْتفعةٌ. ينظر: «معجم العين» [٨/٢٨٣].

(٢) ينظر: «المحيط البرهاني» [٨/٤٣٢].

. . . .

فلانٍ؛ لَا يَكْفِي؛ لأنَّ الورثةَ مجهولونَ».

ونَقَلَ عنِ «**العُدَّةِ**»: «إذا جُعِلَ أحدُ الحُدُودِ لَزِيقَ أرضٍ لَا يُدْرَىٰ مالِكُها؛ لَا يَكْفِي ما لَمْ يَقُلْ: لَزِيقُ أرضٍ في يدِ فلانٍ، حتىٰ تحْصُلَ المعرفةُ».

وذكَرَ في موضعٍ آخرَ منها: «إذا ذُكِرَ: أحدُ الحُدُودِ أرضُ المملكةِ؛ يَصِحُّ، وإنْ لَمْ يذكرْ أنَّها في يدِ مَنْ؛ لأنَّ أرضَ المملكةِ تَكُونُ في يدِ السلطانِ وبواسطةِ يدِ نائبِهِ، لكنْ يُشْتَرطُ أنْ يَقُولَ: والفاصلُ بينهما مُسَنَّاةٌ[1] قديمةٌ».

وقالَ أيضًا في «**الفصولِ**»: «النهرُ لَا يَصْلُحُ حدًّا عندَ بعضِ أهلِ الشروطِ، وكذلكَ السُّورُ، وهوَ روايةٌ عنْ أبي حَنِيفَةَ، **وظاهرُ المذهبِ**: أنَّهُ يَصْلُحُ حَدًّا، والخندقُ نظيرُ النهرِ[2]. كذا ذكَرَ في «**المحيطِ**» و«**الذخيرةِ**».

وقالَ الإمامُ أبو محمدٍ النَّاصِحِيُّ النَّيْسَابُورِيُّ في «**تهذيبِ أدبِ القاضي**»: «فإنْ قالَ الشاهدانِ: نَشْهَدُ أنَّ الدَّارَ التي في موضعِ كذا لهذا الرَّجُلِ، ونعْرِفُ حدودَها، ونَقِفُ عليها، ولَا نعْرِفُ أسماءَ الحُدُودِ [٦/٦٧ظ/م]؛ بعَثَ القاضي [٢/٣٢٨و] معَ الشاهدينِ جماعةً؛ لِيَقِفَ الشهودُ علىٰ الحُدُود بحَضْرتهم ويَقُولُونَ: هذه الدَّارُ التي شَهِدْنا بها لهذا الرَّجُلِ، وهذه حدودُها.

[١٢/٩١ظ/د] ويَأْتُونَ القاضِيَ فيَشْهدُ أولئكَ الذينَ حَضَروا معَ الشاهدَيْنِ، فإنَّ القاضيَ يَقْضِي بها للمشهودِ لهُ؛ لأنَّ إعلامَ العَقَارِ بالتحديدِ، وقدْ عَلِمُوا الحُدُودَ وجَهِلُوا اسمَه، فلَمْ يَمْنَع صحةَ الشَّهَادَة، كما لو شَهِدُوا علىٰ رَجُلٍ مُشارٍ إليْهِ لَا يعْرِفُون اسمَه؛ فإنه يُقْبَلُ، كذلكَ هذا».

---

(١) **المُسَنَّاةُ**: السَّدُّ الذي يَرِدُ ماءُ النهر مِن جانبه. ينظر: «المطلع علىٰ ألفاظ المقنع» للبعلي [ص/٤٩٤].

(٢) ينظر: «المحيط البرهاني» [٨/٤٣٢].

....

غاية البيان

وأمَّا **الفصلُ الثاني**: وهوَ ذِكْرُ المُدَّعِي أنَّ المُدَّعَىٰ في يدِ المُدَّعَىٰ عليْهِ، فإنَّما شُرِطَ ذلك لأنَّ المُدَّعَىٰ إذا لَمْ يَكُنْ في يدِ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ؛ لَا يَكُونُ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ خصْمًا للمُدَّعِي، فلَا تَصِحُّ دعواه».

ونَقَلَ في «خلاصةِ الفتاوىٰ» عنْ دعوىٰ «الأصلِ»: «رَجُلٌ ادَّعَىٰ علىٰ آخرَ دارًا في يدَيْه وقالَ: مِلْكِي وفي يدِي، وأنكرَ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ أنَّها مِلْكُ المُدَّعِي، لكنَّه مُقِرٌّ أنَّها في يديْهِ، فأقامَ المُدَّعِي البَيِّنَةَ أنَّها مِلْكُ المُدَّعِي، فإنَّ القاضيَ لَا يَقْضِي بهذه البَيِّنَة ما لَمْ يَشْهَدُوا أنَّها في يدِ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ.

قال بعضُ أصحابِنا: إذا قالَ المُدَّعِي: إنَّها مِلْكِي وفي يدِي؛ لَا تُسْمَعُ هذه الدعْوَىٰ، ويقولُ لَهُ القاضي: إذا كانَ مِلْكُكَ وفي يدِك[1] أَيْشٍ تَطْلُبُ؟

والجوابُ أنْ نقولَ: إنَّ هذا إذا لَمْ يَكُنْ ثَمَّةَ منازعٌ، أمَّا إذا كانَتْ ثَمَّةَ مَن يُنازِعه فيهما أوْ في أحدِهما؛ تُقْبَلُ وتُسْمَعُ الدعْوَىٰ.

وفي «أدبِ القاضي» للخَصَّافِ: «لوْ أقامَ أحدُهما البَيِّنَةَ أنها في يديْهِ، وأقامَ الآخرُ البَيِّنَةَ أنها له؛ فهوَ لصاحبِ المِلْك دونَ صاحبِ اليدِ».

قال مشايخُنا: نصْفُه علىٰ وَجْه القَضَاءِ، ونصْفُه علىٰ وَجْهِ التَّرْكِ [١٢/٩٢و/د]؛ لأنَّ الكلامَ فيما إذا كانَ في يدِهما، **والظاهرُ**: أنَّ كلَّه علىٰ وَجْهِ القَضَاءِ». إلىٰ هنا لفْظُ «**الخلاصةِ**»[2].

وقال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ في أوَّلِ كتابِ الدعْوَىٰ مِن «**شرحِ الكافي**» للحاكمِ الشهيدِ: «وإذا كانَتِ الدَّارُ في يَدَيْ رَجُلَيْنِ، كُلّ واحدٍ منهما يدَّعِي

---

(١) في «غ»: «وفي بيتك».

(٢) ينظر: «خلاصة الفتاوىٰ» للبخاري [ق/٢٧٣].

. . . .

أَنَّها لهُ، فكلُّ واحدٍ منهما مُدَّعٍ لِمَا في يدِ صاحبِهِ وعليْهِ البيِّنَةُ، ولكلِّ واحدٍ منهما علىٰ صاحبِهِ اليَمِينُ، فأيُّهما حَلَفَ علىٰ دعوىٰ صاحبِهِ؛ بَرِئَ عنْهَا، وأيُّهما نَكَلَ عنِ اليَمِينِ؛ لزِمَتْهُ دعوىٰ صاحبِهِ؛ لأنَّ يدَ كُلِّ واحدٍ منهما ثابتةٌ علىٰ النِّصْفِ، فكانَ خارِجيًّا فيما في يدِ صاحبِهِ، فَتَكُونُ البَيِّنَةُ بَيِّنَتَهُ علىٰ ما في يدِ الآخرِ، واليَمِينُ يَمِينُ صاحبِهِ [٦/٦٨و/م]، وكذلكَ الحيوانُ والعُرُوضُ.

وإذا تَنَازَعَ رَجُلانِ في دارٍ، يدَّعِي كُلُّ واحدٍ منهما أنَّها في يديْهِ؛ فعلَىٰ كلِّ واحدٍ منهما البَيِّنَةُ أَنَّها في يديْهِ؛ لأنَّ اليدَ مُنازَعٌ فيها كالمِلْكِ، فَيَجِبُ إثباتُها بِالبَيِّنَةِ، فإنْ أقامَ كُلُّ واحدٍ منهما البَيِّنَةَ أَنَّها في يديْهِ؛ جُعِلَ في يدِ كُلِّ واحدٍ منهما نصْفُها؛ لأَنَّهما استَوَيَا في الحُجَّةِ، فيستَوِيَانِ في اسْتِحْقَاقِ اليدِ، وقد تعَذَّرَ القَضَاءُ بثبوتِها علىٰ الكلِّ لمكانِ النزاعِ، فيُقْضَىٰ بثبوتِها علىٰ النِّصْفِ.

وإنْ لَمْ يَقُم لهما بَيِّنَةٌ، فطلَبَ كُلُّ واحدٍ منهما يَمِينَ صاحبِهِ علىٰ ما في يديْهِ؛ فعلَىٰ كُلِّ واحدٍ منهما أنْ يَحْلِفَ ألبتةَ ما هي في يدِ صاحبِهِ، فإنْ حلَفا؛ لَمْ نَجْعلْها في يدِ واحدٍ منهما، وأيُّهما [١٢/٩٢ظ/د] نَكَلَ عن اليَمِينِ؛ لَمْ نَجْعلْها في يدِهِ؛ لأنَّهُ تعارَضَتِ الحُجّتانِ، فتعذَّرَ القَضَاءُ بهما، فَيَكُونُ في أيديهما بقضاءِ ترْكٍ، لَا بقضاءِ اسْتِحْقَاقٍ.

فإنْ وجَدَها القاضي في يدِ غيرِهما؛ لَمْ يَنْزِعْها مِنَ الذي هيَ في يديْهِ بالذي أنفَذَهُ بينَ هَذَيْنِ؛ لأنَّ القاضيَ ما قضَىٰ باليدِ لهما قَضَاءَ اسْتِحْقَاقٍ، فلَا يُسَلِّمُها إليهما».

وأمَّا الفصلُ الثالثُ: وهوَ ذِكْرُ المُدَّعِي أنَّهُ يُطالِبُ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ بالمُدَّعَىٰ، فإنَّمَا شرَطَ ذلكَ لأنَّ المطالَبَةَ حقُّ المُدَّعِي، فلَا يَلتَفِتُ القاضي إلىٰ دعْواهُ إلىٰ أنْ يَطْلُبَ [٢/٣٢٨ظ] حقَّهُ، ولأنَّهُ يَحْتَمِلُ أنَّ المُدَّعَىٰ في يدِ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ مَرْهُونٌ أوْ

فَإِنَّ الْعَقَارَ يُعْرَفُ بِهِ، وَيَذْكُرُ الْحُدُودَ الْأَرْبَعَةَ، ....

محبوسٌ بالثَّمَنِ، فلَا تَصِحُّ الدعْوَىٰ قبْل أداءِ الدَّيْنِ أوْ أداءِ الثَّمَنِ، فبالمطالبةِ يَزُولُ الاحتمالُ؛ لأنَّه لوْ كانَ مرهونًا أوْ محبوسًا بالثَّمَنِ؛ لَمْ يُطَالِبْ بالانتزاعِ مِن ذي اليدِ، بخلافِ مجرّدِ الدعْوَىٰ أنَّهُ مِلْكُهُ؛ إذْ مجرّدُ المِلْكِ لَا يَدُلُّ علىٰ أنَّ اليَدَ لَهُ.

قالَ صاحبُ «الهدايةِ»: (وَعَنْ هَذَا قَالُوا فِي الْمَنْقُولِ يَجِبُ أَنْ يَقُولَ: فِي يَدِهِ بِغَيْرِ حَقٍّ)، يَعْنِي: قالَ المشايخُ في دعوىٰ المنقولِ: يَجِبُ أنْ يَقُولَ المُدَّعِي: إنَّ هذا الشيءَ لِي، وفي يدِهِ بغيرِ حقٍّ لهذا المعنىٰ الذي قُلْنا، هو احتمالُ كونِهِ مرهونًا أوْ محبوسًا بالثَّمَنِ.

قالَ في كتابِ الشهاداتِ مِنَ «الفتاوىٰ الصغرىٰ» و«التَّتِمَّةِ»: «إذا شَهِدَ أنَّهُ مِلْكُ المُدَّعِي، ولَمْ يشْهدْ أنَّهُ في يدِ هذا بغيرِ حقٍّ؛ يُفْتَىٰ أنَّهُ يُقْبَلُ، وسمعْتُ أنَّهُ ذَكَرَ شمسُ الأئمةِ الحَلْوَانِيُّ [١٢/٩٣و/د] في «الجامعِ»: أنَّهُ اختلَفَ المشايخُ فيه، وقالَ: الأصحُّ أنَّهُ لَا يُقْبَلُ.

وذكَرَ نجْمُ الدِّينِ النَّسَفِيُّ: عنْ أبي الحَسنِ السُّغْدِيِّ والبَزْدَوِيِّ [٦/٦٨ظ/م] أنَّهُ شَرَطَ ما لَمْ يَثْبُتْ أنَّهُ في يدِه بغيرِ حقٍّ، لَا يُمكِنُه المطالَبةُ بالتسليمِ، وبِهِ كانَ يُفْتِي أكثرُ مشايخِنا، قالَ صاحبُ «التتمةِ»: وهوَ الصحيحُ، وعليْهِ الفتوَىٰ»[1].

قولُهُ: (فَإِنَّ الْعَقَارَ يُعْرَفُ بِهِ)، أي: يُعْرَفُ بالتحديدِ.

والعَقَارُ بالفتحِ: الأرضُ والضِّيَاعُ والنَّخْلُ، ومنْهُ قولُهمْ: ما لهُ دارٌ ولَا عَقَارٌ. كذا في «الصِّحاحِ»[2]. وقيل: العَقَارُ: اسمٌ للعَرْصَةِ[3] المبْنِيَّةِ، والضَّيْعَةُ: اسمٌ

---

(١) ينظر: «تبيين الحقائق» [٤/٢٩٣]، «تكملة القدير» [٨/١٦٥].

(٢) ينظر: «الصحاح في اللغة» للْجَوْهَري [٢/٧٥٤/ مادة: عقر].

(٣) العَرْصَةُ: كلُّ بُقعةٍ بين الدُورِ واسعةٍ ليس فيها بناءٌ، والجمْع: العِرَاص والعَرَصَات. وقد تقدم التعريف به.

وَيذْكُرُ أَسْماءَ أَصْحابِ الْحُدُودِ وَأَنْسابَهُمْ، وَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ الْجَدِّ؛ لِأَنَّ تَمامَ التَّعْرِيفِ بِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ عَلَىٰ مَا عُرِفَ هُوَ الصَّحِيحُ.

وَلَوْ كَانَ الرَّجُلُ مَعْرُوفًا مَشْهُورًا يُكْتَفَىٰ بِذِكْرِهِ، فَإِنْ ذَكَرَ ثَلَاثَةً مِنَ الْحُدُودِ؛ يُكْتَفَىٰ بِهَا عِنْدَنَا خِلَافًا لِزُفَرَ ﷺ لِوُجُودِ الْأَكْثَرِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا غَلِطَ فِي الرَّابِعَةِ؛ لِأَنَّهُ يَخْتَلِفُ بِهِ الْمُدَّعَىٰ وَلَا كَذَلِكَ بِتَرْكِهَا، وَكَمَا يُشْتَرَطُ التَّحْدِيدُ فِي الدَّعْوَىٰ يُشْتَرَطُ فِي الشَّهَادَةِ.

غاية البيان

للعَرْصَةِ لَا غيْرَ.

قولُه: (وَيَذْكُرُ أَسْمَاءَ أَصْحَابِ الْحُدُودِ)، أي: حدودِ العَقَارِ.

قولُه: (هُوَ الصَّحِيحُ)، احترازٌ عما رُوِيَ عنهما: أنَّ ذِكْرَ الأبِ يَكْفِي.

قولُه: (وَلَوْ كانَ الرَّجُلُ مَعْرُوفًا مَشْهُورًا يُكْتَفَىٰ بِذِكْرِهِ)، يعني: لَا حاجةَ إلىٰ ذِكْرِ الأبِ والجَدِّ حينئذٍ؛ لحصولِ التعريفِ بالاسمِ بلا ذِكْرِ النَّسَبِ.

قولُه: (فَإِنْ ذَكَرَ ثَلَاثَةً مِنَ الْحُدُودِ؛ يُكْتَفَىٰ بِهَا عِنْدَنَا خِلَافًا لِزُفَرَ)[1]، وقد رَوَىٰ القُدُورِيُّ في كتابِ «التقريبِ» قولَ أبي يوسفَ ومحمدٍ كقولِ زُفَرَ، ولكنَّهُ لَمْ يذْكُرْ فيهِ قولَ زُفَرَ، وقدْ مَرَّ قبْلَ هذا.

قولُه: (بِخِلَافِ مَا إِذَا غَلِطَ فِي الرَّابِعَةِ)، يعني: إذا ذكَرَ الحُدُودَ الثلاثةَ وسكَتَ عنِ الرابعِ؛ جازَ، وإذا ذكَرَ الرابعَ وغَلِطَ فيه لَا يجوزُ باتفاقٍ بيننا وبينَ زُفَرَ، ولكنْ يَنْبَغِي [١٢/٩٣ظ/د] أنْ يَكُونَ هذا علىٰ اختيارِ بعضِ المشايخِ؛ لأنْ قدْ رَوَيْنَا قبْلَ هذا اختلافَ المشايخِ مِنْ «شرحِ أدبِ القاضي»: فيما إذا غَلِطَ الشهودُ الحدَّ الرابعَ، حيثُ قُبِلَتِ الشَّهَادَةُ عندَ بعضِهِم، ولا شكَّ أنَّ التحديدَ يُشْتَرَطُ في

(١) ينظر: «العناية شرح الهداية» [٨/١٦٣]، «البناية شرح الهداية» [٩/٣١٨]، «درر الحكام» [٢/٣٣١]، «اللباب في شرح الكتاب» [٤/٢٨].

وَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ وَذَكَرَ أَنَّهُ فِي يَدِ الْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ لَا بُدَّ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَنْتَصِبُ خَصْمًا إِذَا كَانَ فِي يَدِهِ، **وَفِي الْعَقَارِ لَا يُكْتَفَىٰ بِذِكْرِ الْمُدَّعِي، وَتَصْدِيقِ الْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ أَنَّهُ فِي يَدِهِ** بَلْ لَا يَثْبُتُ الْيَدُ فِيهِ إِلَّا بِالْبَيِّنَةِ، أَوْ عِلْمِ الْقَاضِي هُوَ الصَّحِيحُ نَفْيًا لِتُهْمَةِ الْمُوَاضَعَةِ إِذِ الْعَقَارُ عَسَاهُ فِي يَد غَيْرِهِمَا، بِخِلَافِ الْمَنْقُولِ؛ لِأَنَّ الْيَدَ فِيهِ مُشَاهَدَةٌ.

غاية البيان

الشَّهَادَةِ كاشتراطِه في الدعْوَىٰ.

قولُه: (**وَفِي الْعَقَارِ لَا يُكْتَفَىٰ بِذِكْرِ الْمُدَّعِي، وَتَصْدِيقِ الْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ أَنَّهُ فِي يَدِهِ**)، يَعْنِي: إذا ادَّعَىٰ المنقولَ، فأقرَّ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ أَنَّهُ في يدِهِ؛ يُقْبَل إقرارُهُ، وفي العَقَارِ لَا يُعْتَبَرُ إِقْرَارُ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ أَنَّهُ في يدِهِ، بلْ يُشْتَرطُ قيامُ الشَّهَادَةِ علىٰ أَنَّهُ في يدِهِ دفْعًا للاحتيالِ، وقدْ مَرَّ بيانُ ذلكَ عندَ قولِهِ: (**وَإِنْ لَمْ تَكُنْ حَاضِرَةً؛ ذَكَرَ قِيمَتَهَا**).

قالَ في **الفصلِ الثامنِ مِنَ «الفصولِ»**: «لوْ شَهِدَ شاهدانِ بمِلْكيةِ الدَّارِ للمُدَّعِي، ولَمْ يشْهَدَا أنَّها في يدِ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ، عندَ محمدٍ: تُقْبَلُ، وفي ظاهرِ الروايةِ: لَا تُقْبَلُ ما لَمْ يشْهَدَا أنَّ الدَّارَ في يدِ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ، فإنْ شَهِدَ شاهدانِ بالمِلْكِ للمُدَّعِي في دعوىٰ الدَّارِ، ولَمْ يتعَرَّضا أنَّها في يدِ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ، وشَهِدَ آخرانِ بكونِها في يدِ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ؛ تُقْبَل كِلْتا الشهادتَيْنِ؛ لأنَّ الحاجةَ لإثباتِ يدِ المُدَّعِي عليْهِ حتَّىٰ يصيرَ خصمًا، ولإثباتِ المِلْكِ للمُدَّعِي، ولَا فرْقَ في ذلك بينَ أنْ يَثْبُتَ كِلَا الحُكْمَيْنِ بشَهَادَةِ [١٢/٩٤و/د] فريقٍ واحدٍ أوْ فريقَيْنِ.

ثُمَّ إذا شَهِدَ [٦/٦٩و/م] الشهودُ أنَّها في يدِ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ، يسألُهم القاضي: أَعَنْ سماعٍ يَشْهَدُونَ أنَّها [٢/٣٢٩و] في يدِه، أوْ عنْ مُعَايَنَةٍ؟ لأنَّهم رُبَّما سَمِعُوا إقرارَه بها في يدِه، وظنُّوا أنَّ ذلكَ يُطْلِقُ لهم الشَّهَادَةَ».

قالَ: «وقدِ اشتبَهَ علىٰ كثيرٍ مِن الفقهاءِ أن بمجرّدِ إقرارِهِ هلْ تَثْبُتُ يدُهُ عليْهِ

وَقَوْلُهُ وَأَنَّهُ يُطَالِبُهُ بِهِ؛ لِأَنَّ الْمُطَالَبَةَ حَقُّهُ فَلَا بُدَّ مِنْ طَلَبِهِ، وَلِأَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مَرْهُونًا أَوْ مَحْبُوسًا بِالثَّمَنِ فِي يَدِهِ، وبِالْمُطَالَبَةِ يَزُولُ هَذَا الِاحْتِمَالُ، وَعَنْ هَذَا قَالُوا فِي الْمَنْقُولِ يَجِبُ أَنْ يَقُولَ فِي يَدِهِ بِغَيْرِ حَقٍّ.

قَالَ: **وَإِنْ كانَ حَقًّا فِي الذِّمَّةِ؛ ذكرَ أَنَّهُ يُطَالِبُهُ بِهِ** لِمَا ذَكَرْنَا، وَهَذَا لِأَنَّ صَاحِبَ الذِّمَّةِ قَدْ حَضَرَ فَلَمْ يَبْقَ إِلَّا الْمُطَالَبَةُ لَكِنْ لَا بُدَّ مِنْ تَعْرِيفِهِ بِالْوَصْف؛ لِأَنَّهُ يُعْرَفُ بِهِ.

غاية البيان

حُكْمًا؟ فإذا كانَ في موضعِ الاشتباهِ، فما لَمْ يذكرُوا في شهادتِهم أنَّهم عايَنُوا يدَ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ؛ لَا يَقْبَلُ القاضي منهم، ولا يختصُّ هذا في هذه الحادثةِ، بلْ في غيرِها كذلكَ، حتىٰ لوْ شهدُوا علىٰ البَيْعِ والتَّسْلِيمِ، يسألهم القاضي: أتَشْهَدونَ علىٰ إِقْرَارِ البَائِعِ، أوْ علىٰ مُعَايَنَةِ البَيْعِ والتَّسْلِيمِ؟

والحُكْمُ يختَلِفُ في ذلكَ، فإنَّ الشَّهَادَةَ بالبَيْعِ مُعَايَنَةً: شَهَادَةٌ بِالمِلْك للبَائِعِ، والشَّهَادَةُ علىٰ إِقْرَارِ البَائِعِ بالبَيْعِ والتَّسْلِيمِ لَا تَكُونُ شَهَادَةً بِالمِلْك للبَائِعِ، وعسىٰ لَا يُفَرِّقُ الشَّاهِدُ بينَ الأمْرَيْنِ، فيسألُ القاضي إزالةً لهذه الشُّبْهَة، هكذا حُكِيَ عن الخليلِ بن أحمدَ السِّجْزِيِّ. كذا أوْرَدَ ظَهِيرُ الدِّينِ في «**شروطِهِ**»..». إلىٰ هنا لَفْظُ «**الفصولِ**».

قولُه: (قَالَ: وَإِنْ كانَ حَقًّا فِي الذِّمَّةِ؛ ذكرَ أَنَّهُ يُطَالِبُهُ بِهِ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «**مختصرِهِ**»[1]، **يَعْنِي**: إذا كانَ المُدَّعَىٰ دَيْنًا لَا [١٢/٩٤ظ/د] عينًا؛ لَا يُشْتَرطُ فيهِ الإحضارُ إلىٰ مجلسِ القاضي، كما يُشْتَرطُ في العينِ القائمةِ؛ لأنَّ الإحضارَ إنَّما اشْتُرِطَ ثَمَّةَ ليَمْتازَ المُدَّعَىٰ مِنْ غيرِهِ بالإشارةِ إليهِ عندَ الدعْوَىٰ والشَّهَادَةِ، وعندَ استحلافِ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ؛ لأنَّ العينَ قدْ تشْتَرِكُ مع عينٍ أُخرىٰ في الوَصْفِ

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢١٤].

قَالَ: وَإِذَا صَحَّتِ الدَّعْوَىٰ سَأَلَ المُدَّعَىٰ عليْهِ عَنْهَا لِيَنْكَشِفَ لَهُ وَجْهُ الْحُكْمِ فَإِنِ اعْتَرَفَ قُضِيَ عليْهِ بِهَا؛ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ مُوجِبٌ بِنَفْسِهِ فَيَأْمُرُهُ بِالْخُرُوجِ عَنْهُ.

غاية البيان

والحِلْيَةِ، فلَا ينقطعُ الشَّرِكَةُ ما لَمْ تَكُنِ الْإِشَارَةُ إليها في الحضورِ، والدَّيْنُ لَا يُمْكِنُ إعلامُهُ بالإشارةِ إليهِ، فلَمْ يَلْزَمْ إحضارُه، بلِ اكتُفِيَ ببيانِ الجنسِ والقَدْرِ والوَصْفِ.

بخلافِ ما إذا كانَتِ العينُ مُسْتَهْلَكةً، حيثُ تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ عليها مِنْ غيرِ إِشَارَةٍ؛ لأنَّ الدعْوَىٰ في قيمتِها إنْ لَمْ تَكُنْ مِنْ ذوَاتِ الأمثالِ، وفي مِثْلِها إنْ كانَتْ مِنْ ذواتِ الأمثالِ، والمِثْلُ والقِيمَةُ دَيْنٌ في الذِّمَّةِ، والشَّهَادَةُ في الدُّيُونِ تُقْبَلُ بلَا إِشَارَةٍ إليها، ولكنْ لَا بُدَّ مِنْ بيانِ الجنسِ والقَدْر والوصْفِ.

وإلىٰ هذا أشارَ القُدُورِيُّ أوَّلًا عندَ قولِهِ: **(وَلَا تُقْبَلُ الدَّعْوَىٰ حَتَّىٰ يَذْكُرَ شَيْئًا مَعْلُومًا فِي جِنْسِهِ وَقَدْرِهِ)**؛ لأنَّ ذلكَ كُلِّيٌّ يَشْمَلُ العينَ والدَّيْنَ جميعًا، ولكنْ إنْ كانَ نقْليًّا قائمًا بعَيْنِهِ: يُشْترَطُ الإحضارُ، وإنْ كانَ عقَارًا: يَجِبُ التحديدُ، بخلافِ الدَّيْنِ، فافهمْ.

[١٢/٩٥و/د] **قولُه: (قَالَ: وَإِذَا صَحَّتِ الدَّعْوَىٰ سَأَلَ المُدَّعَىٰ عليْهِ** [٦/٦٩ظ/م] **عَنْهَا)**، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصرِه»[1]، **يعني**: إذا صحَّتِ الدعْوَىٰ ببيانِ القَدْرِ والجنسِ، وحضَرَ المُدَّعَىٰ عليْهِ مجلسَ القاضي، أوْ صحَّتْ ببيانِ التحديدِ، إنْ كانَ المُدَّعَىٰ عقارًا: سألَ القاضي المُدَّعَىٰ عليْهِ عنِ الدعْوَىٰ، حتىٰ ينكَشِفَ وَجْهُ الحُكْمِ؛ لأنَّ الأشياءَ التي تنْقَطِعُ بها المُنَازَعَةُ ثلاثةٌ: الإِقْرَارُ، أو البَيِّنَةُ، أو اليَمِينُ.

قالَ: (فَإِنِ اعْتَرَفَ قُضِيَ عليْهِ بِهَا)، أي: إنِ اعترَفَ المُدَّعَىٰ عليْهِ بما ادَّعَىٰ المُدَّعِي؛ قضَىٰ القاضي علىٰ المُدَّعَىٰ عليْهِ بدعوىٰ المُدَّعِي. أي: بما ادَّعاه مِن الحقِّ، يَعْنِي: ألزَمَه ذلكَ، وذلكَ لأنَّ إِقْرَارَ الإنسانِ علىٰ نفسِهِ حُجةٌ؛ لكونِهِ غيرَ متهمٍ فيهِ.

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢١٤].

وَإِنْ أَنْكَرَ سَأَلَ الْمُدَّعِي الْبَيِّنَةَ؛ لِقَوْلِهِ ﷺ: «أَلَكَ بَيِّنَةٌ؟» فَقَالَ لَا، فَقَالَ: «لَكَ يَمِينُهُ». سَأَلَ وَرَتَّبَ الْيَمِينَ عَلَىٰ فَقْدِ الْبَيِّنَةِ؛ فَلَا بُدَّ مِنَ السُّؤَالِ لِيُمْكِنَهُ الِاسْتِحْلَافَ.

غاية البيان

يُؤَيِّدُه: قولُه تعالىٰ: ﴿بَلِ ٱلْإِنسَٰنُ عَلَىٰ نَفْسِهِۦ بَصِيرَةٌ﴾ [القيامة: ١٤]، أي: شاهدٌ، فدلَّ علىٰ جوازِ الإِقْرَارِ.

قالَ: (**وَإِنْ أَنْكَرَ سَأَلَ الْمُدَّعِي الْبَيِّنَةَ**)؛ وذلكَ لِمَا حدَّثَ الشيخُ أبو جعفرٍ الطَّحَاوِيُّ في «**شرحِ الآثارِ**»: مسندًا إلىٰ عَلْقَمَةَ بْنِ وَائِلٍ عَنْ أَبِيهِ قَالَ: جَاءَ رَجُلٌ مِنْ حَضْرَمَوْتَ وَرَجُلٌ مِنْ كِنْدَةَ إِلَىٰ رَسُولِ اللهِ ﷺ، فَقَالَ الْحَضْرَمِيُّ: يَا رَسُولَ اللهِ إِنَّ هَذَا قَدْ غَلَبَنِي عَلَىٰ أَرْضٍ كانَتْ لِي. فَقَالَ الْكِنْدِيُّ: هِيَ أَرْضِي فِي يَدِي [٢/٣٢٩ظ] أَزْرَعُهَا، لَيْسَ لَهُ فِيهَا حَقٌّ. فقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ لِلْحَضْرَمِيِّ: «**أَلَكَ بَيِّنَةٌ؟**»، فَقَالَ: لَا، فَقَالَ [١٢/٩٥ظ/د] النَّبِيُّ ﷺ: «**فَأُحَلِّفُهُ؟**». فَقَالَ: أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ يَمِينٌ، فقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «**لَيْسَ لَكَ مِنْهُ إِلَّا ذَلِكَ**»، فَانْطَلَقَ لِيُحَلِّفَهُ، فقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «**أَمَا أَنَّهُ إِنْ حَلَفَ عَلَىٰ مَالِكِ ظَالِمًا لِيَأْكُلَهُ؛ لَقِيَ اللهَ ﷻ وهوَ عَنْهُ مُعْرِضٌ**»[1].

فَعُلِمَ بهذا: أنَّ سؤالَ البَيِّنَةِ مُقَدَّمٌ على اليَمِينِ؛ لأنَّهُ ﷺ رَتَّبَ اليمينَ علىٰ فَقْدِ البينةِ؛ لأنَّهُ ﷺ طلبَ يَمِينَ المُدَّعَىٰ عليْهِ بعدما قالَ المُدَّعِي: لَا بَيِّنَةَ لي.

وهذا علىٰ أصلِ أبي حَنِيفَةَ موافقٌ جدًّا؛ لأنَّهُ لَا يرَىٰ الاستحلافَ إذا قالَ

(١) أخرجه: مسلم في كتاب الإيمان/ باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار [رقم/١٣٩]، وأبو داود في كتاب الأيمان والنذور/ باب فيمن حَلَفَ يمينًا ليقتطع بها مالا لأحد [رقم/٣٢٤٥]، والترمذي في كتاب الأحكام/ باب ما جاء في أن البينة علىٰ المدعي واليمين علىٰ المدعىٰ عليه [رقم/١٣٤٠]، والنسائي في «السنن الكبرىٰ» في كتاب القضاء/ التوسعة للحاكم أن لَا يزجر المدعي عما يلفظ به في خصمه بحضرته [رقم/٥٩٨٩]، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٤/١٤٨]، من حديث عَلْقَمَةَ بْنِ وَائِلِ بْنِ حُجْرٍ، عَنْ أَبِيهِ ﷺ به نحوه.

قال الترمذي: «حديث وائل بن حجر حديث حسن صحيح».

قَالَ: فَإِنْ أَحْضَرَهَا قُضِيَ بِهَا ؛ لِانْتِفَاءِ التُّهْمَةِ عَنْهَا وَإِنْ عَجَزَ عَنْ ذَلِكَ، وَطَلَبَ يَمِينَ خَصْمِهِ ؛ اسْتَحْلَفَهُ عَلَيْهَا ؛ ....

غاية البيان

المُدَّعِي: لي بَيِّنَةٌ حاضرةٌ، فلهذا وجَبَ السؤالُ عن البَيِّنَةِ.

قالَ: (فَإِنْ أَحْضَرَهَا قُضِيَ بِهَا)، أي: إنْ أحضرَ المُدَّعِي البَيِّنَةَ علىٰ وَفْقِ دعواه ؛ قضىٰ القاضي بِالبَيِّنَة، وذلكَ لأنَّ دعوىٰ المُدَّعِي خبرٌ مُتَمَيِّلٌ بينَ الصدقِ والكذبِ، فيَتَرَجَّحُ صدْقُ الدعوىٰ بِالبَيِّنَةِ ؛ لأنَّ الشَّرْعَ جعلَها حُجةً.

قالَ: (وَإِنْ عَجَزَ عَنْ ذَلِكَ، وَطَلَبَ يَمِينَ خَصْمِهِ ؛ اسْتَحْلَفَهُ عَلَيْهَا)، أي: إنْ عجزَ المُدَّعِي عن إقامةِ البَيِّنَةِ، وطلبَ يَمِينَ المُدَّعَىٰ عليْهِ ؛ استحلفَه القاضي حينئذٍ علىٰ دعواهُ، وذلك لحديثِ الْحَضْرَمِيِّ والْكِنْدِيِّ الذي رَوَيْنَا آنفًا.

ورُوِيَ في «السننِ»: مسندًا إلىٰ ابْنِ أَبِي مُلَيْكَةَ، قَالَ: كَتَبَ [١٢/٩٦و/د] إِلَيَّ ابْنُ عَبَّاسٍ: «أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَضَىٰ بِالْيَمِينِ عَلَىٰ الْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ»[١].

قالَ في «شرحِ أدبِ القاضي»: معنىٰ قولِه [٦/٧٠و/م]: «قَضَىٰ»، أي: شرَعَ.

وروَىٰ محمدُ بنُ الحسنِ في أوَّلِ كتابِ الدعوىٰ[٢]: بإسنادِه عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «الْبَيِّنَةُ عَلَىٰ الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَىٰ مَنْ أَنْكَرَ»[٣].

وروىٰ الطَّحَاوِيُّ في «شرحِ الآثارِ» أيضًا: عَنْ رَسُولِ اللهِ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «لَوْ

---

(١) أخرجه: البخاري في كتاب الشهادات/ باب اليمين على المدعى عليه في الأموال والحدود [رقم/٢٥٢٤]، ومسلم في كتاب الأقضية/ باب اليمين على المدعى عليه [رقم/١٧١١]، وأبو داود في كتاب الأقضية/ باب اليمين على المدعى عليه [رقم/٣٦١٩]، عن ابْنِ أَبِي مُلَيْكَةَ، عن ابْنِ عَبَّاسٍ رضي الله عنه به.

(٢) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [١١/٥٠٧/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٣) مضى تخريجه من هذا الطريق.

لِمَا روينا، وَلَا بُدَّ مِنْ طَلَبِهِ؛ لِأَنَّ الْيَمِينَ حَقُّهُ؛ أَلَا تَرَىٰ كَيْفَ أُضِيفَ إِلَيْهِ بِحَرْفِ اللَّامِ؛ فَلَا بُدَّ مِنْ طَلَبِهِ.

غاية البيان

يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ؛ لَادَّعَىٰ النَّاسُ دِمَاءَ رِجَالٍ وَأَمْوَالَهُمْ، وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَىٰ الْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ»[1]، رواهُ ابنُ عَبَّاسٍ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ.

وإنما شرَطَ طلبَ المُدَّعِي يَمِينَ خصْمِهِ؛ لأنَّ اليَمِينَ شُرِعَتْ مُستحقَّةً علىٰ المُدَّعَىٰ عليْهِ حقًّا للمُدَّعِي، فلَا بُدَّ مِن طلَبِ صاحبِ الحقِّ حقَّهُ، كما في سائرِ الحُقُوقِ.

قولُه: (فَإِنْ أَحْضَرَهَا قُضِيَ بِهَا؛ لِانْتِفَاءِ التُّهْمَةِ عَنْهَا)، أي: عنِ الدعوىٰ؛ لأنَّ جهةَ الصدقِ تترجَّحُ بِالبَيِّنَةِ علىٰ جهةِ الكذبِ، فلَا جَرَمَ يَقْضِي القاضي بِالبَيِّنَةِ.

قولُه: (لِمَا رَوَيْنَا)، إِشَارَةٌ إلىٰ قولِه ﷺ: «أَلَكَ بَيِّنَةٌ؟». فقالَ: لَا، فقالَ: «لَك يَمِينُهُ»[2].

قولُه: (فَلَا بُدَّ مِنْ طَلَبِهِ)، أي: مِن طلبِ المُدَّعِي استحلافَ خَصْمِهُ.

قولُه: (أَلَا تَرَىٰ كَيْفَ أُضِيفَ إِلَيْهِ)، بحرْفِ اللامِ، هذا إيضاحٌ لقولِه: (لِأَنَّ الْيَمِينَ حَقُّهُ)، أي: حقُّ المُدَّعِي. يَعْنِي أنَّ اليَمِينَ حقُّهُ خاصَّةً، فإذا كانَ حقَّهُ؛ فلَا بُدَّ مِنْ طلبِهِ.

والدليلُ علىٰ ذلكَ: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أضافَ اليَمِينَ إلىٰ المُدَّعِي بلامِ الاختصاصِ في قولِهِ: «لَك يَمِينُهُ»[3].

---

(١) أخرجه: البخاري في كتاب التفسير/ باب تفسير سورة آل عمران [رقم/٤٢٧٧]، ومسلم في كتاب الأقضية/ باب اليمين على المدعىٰ عليه [رقم/١٧١١]، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» [١٩١/٣]، عن ابْنِ أَبِي مُلَيْكَةَ، عن ابْن عَبَّاسٍ رضي الله عنهما به نحوه.

(٢) مضىٰ تخريجه.

(٣) جزء من حديث مضىٰ تخريجه.

....

غاية البيان

فَعُلِمَ: أنَّ اليَمِينَ حَقٌّ لهُ، وإنَّما قالَ: (أُضِيفَ)، بتذكيرِ الفعلِ، وإنْ كانَ مسندًا [١٢/٩٦ظ/د] إلىٰ ضميرِ اليَمِينِ التي هيَ مؤنثةٌ: علىٰ تأويلِ القَسَمِ، أو الحَلِفِ كقولِهِ:

وَلَا أَرْضَ أَبْقَـــلَ إبْقَالَهَـــا[1]

بتأويلِ المكانِ.

واللهُ ﷻ أعلَمُ بالصَّوابِ، وإليْهِ المَرْجِعُ والمآبُ.

---

(١) هذا عَجُز بيْت قد تقدم بتمامه غير مرة.
ومرادُ المؤلف مِن الشاهد هنا: جوازُ تذكير المؤنَّث؛ إذا كان بتأويلٍ يقتَضِي ذلك.

بَابُ الْيَمِينِ

وَإِذَا قالَ الْمُدَّعِي: لِي بَيِّنَةٌ حَاضِرَةٌ، وَطَلَبَ الْيَمِينَ؛ لَمْ يُسْتَحْلَفْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، ....

غاية البيان

بَابُ الْيَمِينِ

أقولُ: ما كانَ يحتاجُ هنا إلىٰ الفصلِ بالبابِ، بلْ كانَ يَنْبَغِي أنْ يسوقَ الكلامَ متواليًا؛ لأنَّهُ لَمَّا ذكرَ [٢/٣٣٠و] صحةَ الدعوىٰ؛ ترَتَّبَ عليها الحكمُ بالإقرارِ، والبَيِّنَةِ، واليَمِينِ.

قولُه: (وَإِذَا قالَ الْمُدَّعِي: لِي بَيِّنَةٌ حَاضِرَةٌ، وَطَلَبَ الْيَمِينَ؛ لَمْ يُسْتَحْلَفْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله)، هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ فِي «**مختصرِه**»[1].

قالَ صاحبُ «الهدايةِ»: (وَمُحَمَّدٌ مَعَ أَبِي يُوسُفَ فِيمَا ذَكَرَهُ الْخَصَّافُ، وَمَعَ أَبِي حَنِيفَةَ فِيمَا ذَكَرَهُ الطَّحَاوِيُّ)[2]، وهذه روايةٌ عجيبةٌ؛ لأنَّ الشيخَ أبا جعفرٍ الطَّحَاوِيَّ قالَ في «**مختصرِه**»: «ومَنِ ادَّعَىٰ علىٰ رَجُلٍ مالًا ذكرَه، وطلبَ مِن القاضي استحلافَه لهُ علىٰ ذلكَ، بعد إنكارِ المُدَّعَىٰ عليْهِ عندَ القاضي ما ادَّعاه عليْهِ المُدَّعِي مِن ذلكَ؛ فإنَّ أبا حَنِيفَةَ رحمه الله قدْ رُوِيَ [٦/٧٠ظ/م] عنه في ذلكَ: أنَّ القاضيَ لَا يَسْتَحْلِفُ له المُدَّعَىٰ عليْهِ إنْ ذكرَ له المُدَّعِي أنَّ لهُ علىٰ دعواهُ بَيِّنَةً حاضرةً، ولَمْ نَجِدْ هذه الروايةَ عنْ محمدٍ.

وقال أبو يوسفَ: يَسْتَحْلِفُ لهُ علىٰ ذلكَ، ولَا يمنعُهُ مِنَ استحلافِهِ ذِكْرُهُ لهُ

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢١٤].

(٢) الصحيح قول أبي حنيفة، وعليه مشىٰ المحبوبي والنسفي وغيرهما. ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص: ٣٦٤]، «المبسوط» [٣٠/١٧]، «بدائع الصنائع» [٦/٢٢٦]، «تبيين الحقائق» [٤/٣٠٠]، «التصحيح» [ص٤٢٧]، «البحر الرائق» [٧/٢١٠].

. . . .

أنَّ لهُ بَيِّنَةً حاضرةً تَشْهَدُ [لَهُ][١] علىٰ دعواهُ». إلىٰ هنا لفْظُ الطَّحَاوِيِّ في «**مختصرِهِ**»[٢].

وقدْ أنكرَ الروايةَ [١٢/٩٧و/د] عنْ محمدٍ أصلًا كما ترىٰ، ومع هذا كيفَ يدَّعِي صاحبُ «**الهدايةِ**»: أنَّ محمدًا معَ أبي حَنِيفَةَ فيما ذكرَهُ الطَّحَاوِيُّ، ألَا ترىٰ أنَّ القُدُورِيَّ قالَ في كتابِ «**التقريبِ**»: «**قال الطَّحَاوِيُّ**: لَمْ تُوجَدْ هذهِ الروايةُ عن محمدٍ».

وقولُه: (**وَمُحَمَّدٌ مَعَ أَبِي يُوسُفَ فِيمَا ذَكَرَهُ الْخَصَّافُ**)، **فيهِ نَظَرٌ أيضًا**؛ لأنَّ الخَصَّاف لَمْ يذْكُرِ الخلافَ في «**أدبِ القاضي**»[٣] إلَّا بيَن أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ، ولَمْ يَذْكُرْ لمحمدٍ قولًا، وكذلكَ فعلَ أبو بكرٍ الرَّازِيُّ في «**شرْحِ أدبِ القاضي**» للخَصَّافِ، ولَمْ يَذْكُرْ قولَ محمدٍ أصلًا.

ثُمَّ أبو بكرٍ الرَّازِيُّ قالَ في «**شرْحِهِ**»: «وجْهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ: كذا، ووَجْه قولِ أبي يوسفَ: كذا».

ألا ترىٰ أنَّ الإمامَ أبا محمدٍ النَّاصِحِيَّ النَّيْسَابُورِيَّ قالَ في «**تهذيبِ أدبِ القاضي**» للخَصَّافِ: «قالَ أبو حَنِيفَةَ: إذا ادّعىٰ الخصمُ أنَّ لهُ بَيِّنَةً حاضرةً، وسألَ يَمِينَ المُدَّعَىٰ عليْهِ؛ لَمْ أستحلِفْهُ. **وقالَ أبو يوسفَ: يُسْتَحْلَفُ**».

ثُمَّ قالَ: «ولَمْ يَذْكُرِ الخَصَّافُ قولَ محمدٍ».

ثُمَّ قالَ: «وذكَر أبو عَلِيٍّ ابنُ مُوسَىٰ: أنَّ قولَ محمدٍ مِثْلُ قولِ أبي يوسفَ فيما رَوَىٰ عبدُ الرحمنِ الهَرَوِيُّ وغيرُه مِن أصحابِ محمدٍ».

فَعُلِمَ بهذا: أنَّ ما قالَهُ صاحبُ «الهدايةِ» موضِعُ النظرِ، نعم: إنَّ قولَ محمدٍ

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».
(٢) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/٣٦٤].
(٣) ينظر: «أدب القاضي/ مع شرح الصدر الشهيد» للخَصَّاف [٢/١١٦].

....

كقولِ أبي يوسفَ، ولكنْ لَا فيما ذكرَه الخَصَّافُ.

وجْهُ قولِهما: ما ذكرَهُ شمسُ الأئمةِ السَّرْخَسِيُّ في «**شرحِ أدبِ القاضي**» في بابِ اليَمِينِ: أنَّ اليَمِينَ حقُّ المُدَّعِي، والبَيِّنَةَ حقُّ المُدَّعِي[(١)]، فكانَ لهُ أنْ يَسْتَوْفِيَ أيَّ الحقَّيْنِ شاءَ.

يَدُلُّ عليْهِ: أنَّ لهُ في اليَمِينِ فائدةً؛ لأنَّ المُدَّعَىٰ عليْهِ ربما يُقِرُّ أوْ يَنْكُلُ، فَيَتَوصَّلُ إلىٰ حقِّه في أقربِ الأوقاتِ، والعاقلُ يَخْتَارُ التوصلَ إلىٰ حقِّه بأقصرِ الطرقِ، فإذا عجزَ عنِ الوصولِ إلىٰ حقِّه بأقصرِ الطرقِ [١٢/٩٧ظ/د]؛ فحينئذٍ يَشْتَغِلُ بأطولِ الطرقِ، ولا يَتَعَذَّرُ عليْهِ إثباتُ حقِّهِ بإقامةِ البَيِّنَةِ بعدَ ذلكَ إذا حَلَفَ المُدَّعَىٰ عليْهِ، فقلْنا: بأنه يَحْلِفُ.

وأبو حَنِيفَةَ احتجَّ: بما رُوِيَ عَنْ رَسُولِ اللهِ ﷺ أَنَّهُ قالَ للمُدَّعِي [٦/٧١و/م]: «**أَلَكَ بَيِّنَةٌ**»؟ قَالَ: لَا، فَقَالَ: «**لَك يَمِينُهُ**»[(٢)]. فالنبيُّ عليه السلام رَتَّبَ اليَمِينَ علىٰ البَيِّنَةِ[(٣)]، فدلَّ علىٰ أنَّ اليَمِينَ إنَّما تكون حُجةً عندَ عدمِ البَيِّنَةِ، ولأنَّ اليَمِينَ الكاذبةَ مُهْلِكَةٌ، فالمدعَىٰ عليْهِ متىٰ أَتْوَىٰ[(٤)] حقَّ المُدَّعِي؛ فالشَّرْع جعلَ اليَمِينَ الكاذبةَ حقًّا لهُ، حتىٰ تصيرَ مُهْلِكَةً إيَّاهُ بإزاءِ ما أهلَكَ مِن المالِ، إهلاكًا بإزاءِ إهلاكٍ، وإنما يسْتَحقُّ إِتْواءُ الحقِّ علىٰ المُدَّعِي إذا لَمْ يَكُنْ لهُ بَيِّنَة.

فأَمَّا إذا [٢/٣٣٠ظ] **كان لهُ بَيِّنَةٌ: لَا يَتْوَىٰ** حقُّه، بلْ يُمْكِنُهُ إثباتُ حقِّهِ بِالبَيِّنَةِ، فلَا تُجْعَل اليَمِينُ المُهْلِكةُ حقًّا لهُ في هذه الحالةِ؛ لأنَّهُ في غيرِ وقْتِهِ؛ لأنَّ المُدَّعِي

---

(١) وقع بالأصل: «على المُدَّعِي». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٢) مضىٰ تخريجه.

(٣) وقع بالأصل: «على عدم البَيِّنَة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٤) **أَتْوَىٰ**: مِن التَّوَىٰ، وهو التلَفُ والْهَلَاك. وقد تقدم التعريف بذلك.

مَعْنَاهُ: حَاضِرَةٌ فِي الْمِصْرِ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَسْتَحْلِفُ؛ لِأَنَّ الْيَمِينَ حَقُّهُ بِالْحَدِيثِ الْمَعْرُوفِ، [٦٨/ظ] فَإِذَا طَالَبَهُ بِهِ يُجِيبُهُ.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ ثُبُوتَ الْحَقِّ فِي الْيَمِينِ مُرَتَّبٌ عَلَى الْعَجْزِ عَنْ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ بِمَا رَوَيْنَا ....

غاية البيان

إذا كانَ لهُ بَيِّنَةٌ، وقصَدَ استحلافَ المُدَّعَى عليْهِ؛ فقدْ قصدَ افتضاحَ المسلمِ، فإنَّهُ يُحَلِّفُهُ ثُمَّ يُقِيمُ البَيِّنَةَ، فَيَكُونُ فيهِ فضيحةُ المسلمِ، وقدْ أُمِرْنا بالسترِ، ونُهِينا عن افتضاحِ المسلمِ.

فلهذا لَمْ يَكُنْ لهُ أنْ يُحَلِّفَهُ متى كانَ لهُ بَيِّنَةٌ، وإنْ قالَ: لَا بَيِّنَةَ لي، أوْ قالَ: شهودي غُيَّبٌ؛ فإنَّهُ يُحَلِّفُهُ القاضي، ويُغَلِّظ عليْهِ اليَمِينَ؛ زجْرًا لهُ عنِ الإقدامِ على اليَمِينِ الكاذبةِ، وصفةُ [١٢/٩٨و/د] التغليظِ: يجيءُ بيانُها في أوَّلِ الفصلِ الذي يَعْقُبُ هذا البابَ.

قولُه: (**مَعْنَاهُ: حَاضِرَةٌ فِي الْمِصْرِ**)، أي: معني قولِ القُدُورِيِّ[1]: «لي بَيِّنَةٌ حاضرةٌ»، أي: حاضرةٌ في المِصْرِ، وهذا احترازٌ عما إذا كانَتِ البَيِّنَةُ غائبةً عن المِصْرِ؛ فحينئذٍ يُسْتَحْلَفُ بالاتفاقِ، واحترازٌ أيضًا عما إذا كانَتِ البَيِّنَةُ حاضرةً في المجلسِ؛ فلَا استحلافَ حينئذٍ بالاتفاقِ، وإليْهِ أشارَ صاحبُ «**الهدايةِ**» عند تعليلِ قولِ أبي حَنِيفَةَ بقولِه: (**كَمَا إِذَا كانَتِ الْبَيِّنَةُ حَاضِرَةً فِي الْمَجْلِسِ**).

قولُه: (**بِالْحَدِيثِ الْمَعْرُوفِ**)، أرادَ به قولَه ﷺ: «**لَك يَمِينُهُ**»[2]. وقد مَرَّ قُبَيْلَ هذا البابِ، ويَجُوزُ أنْ يريدَ به: قولَه ﷺ: «**وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ**»[2].

قوله: (**لمَا رَوَيْنَا**)، إشَارَةٌ إلى قولِهِ ﷺ: «**أَلَك بَيِّنَةٌ؟**». **فَقَالَ: لَا، فَقَالَ:**

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢١٤].

(٢) جزء من حديث مضى تخريجه.

فَلَا يَكُونُ حَقُّهُ دُونَهُ، كَمَا إِذَا كَانَتْ الْبَيِّنَةُ حَاضِرَةً فِي الْمَجْلِسِ. وَمُحَمَّدٌ مَعَ أَبِي يُوسُفَ فِيمَا ذَكَرَهُ الْخَصَّافُ، وَمَعَ أَبِي حَنِيفَةَ فِيمَا ذَكَرَهُ الطَّحَاوِيُّ.

قَالَ: وَلَا يُرَدُّ الْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعِي؛ لِقَوْلِهِ ﷺ: «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي

غاية البيان

«لَك يَمِينُهُ»[(١)].

قوله: (فَلَا يَكُونُ حَقُّهُ دُونَهُ)، أي: لَا يَكُونُ اليَمِينُ حقَّ المُدَّعِي دونَ العجزِ عنْ إقامةِ البَيِّنَة، أي: بغيرِ العجزِ، وهذا منْعٌ لقولِهما: إنَّ اليَمِينَ حقُّ المُدَّعِي، يَعْنِي: لَا نُسَلِّمُ أنَّ اليَمِينَ حقُّ المُدَّعِي مطلقًا، وإنما يَكُونُ حقَّهُ إذا عجزَ عنْ إقامةِ البَيِّنَةِ، وهوَ ليس بعاجزٍ عنها إذا كانَتِ البَيِّنَةُ حاضرةً في المِصْرِ، فأشبَه ما إذا كانَتْ حاضرةً في المجلسِ، فحينئذٍ [١٢/٩٨ظ/د] لَا يَثْبُتُ لهُ حقُّ اليَمِينِ، فكذا هنا، والجامعُ: القُدْرَةُ على إقامةِ البَيِّنَةِ.

[٦/٧١ظ/م] قولُه: (قَالَ: وَلَا تُرَدُّ الْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعِي)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصره»[(٢)].

وعند الشَّافِعِيِّ: يُقْضَى بيمينِ المُدَّعِي في موضعيْنِ[(٣)]، وهوَ مذهبُ مالكٍ[(٤)]، وأحمدَ[(٥)]، وأهلِ الحجازِ جميعًا.

أحدُهما: إذا نَكَلَ المُدَّعَى عليْهِ عن الحَلِفِ؛ يحْلِفُ المُدَّعِي، فإذا حَلَفَ

---

(١) مضى تخريجه.

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢١٤].

(٣) ينظر: «الأم» للشافعي [٢١٤/٨]، و«التنبيه في الفقه الشافعي» للشيرازي [ص/٢٦٦]، و«الحاوي الكبير» للماوردي [١٣٤/١٧].

(٤) ينظر: «المدونة» [٤/٣٥، ٣٦]، و«الكافي في فقه أهل المدينة» لابن عبد البر [٩٠٩/٢]. و«التاج والإكليل لمختصر خليل» للمواق [٢٧٤/٨]، و«شرح مختصر خليل» للخرشي [١٥٧/٧].

(٥) ينظر: «المغني» لابن قدامة [١٣٣/٩]. و«كشاف القناع» للبهوتي [٤٣٤/٦]. و«الروض المربع» للبهوتي [ص/٧١١].

وَالْيَمِينُ عَلَىٰ مَنْ أَنْكَرَ». قَسْمٌ وَالْقِسْمَةُ تَنَافِي الشَّرِكَةَ، وَجَعَلَ جِنْسَ الْأَيْمَانِ

يُقْضَىٰ بما ادَّعَىٰ، وإنْ أبىٰ انقطعَتِ المُنَازَعَةُ.

والثاني: إذا أقامَ المُدَّعِي شاهدًا واحدًا، ولَمْ يَكُنْ لهُ شاهدٌ آخرُ، وحَلَفَ قُضِيَ له.

وعندنا: لَا يُقْضَىٰ بيمينِ المُدَّعِي أصلًا، ففي الفصلِ الأولِ: يُقْضَىٰ بِنُكُولِ المُدَّعَىٰ عليْهِ، وفي الفصلِ الثاني: يُحَلَّفُ المُدَّعَىٰ عليْهِ، فإنْ نَكَلَ يُقْضَىٰ به.

وجْه قولِهم: ما رُوِيَ في «**شرحِ الآثارِ**»: عن سَهْلِ بْنِ أَبِي حَثْمَةَ فِي الْقَسَامَةِ: أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قالَ لِلْأَنْصَارِ: «**أَيُبْرِئُكُمْ يَهُودُ بِخَمْسِينَ يَمِينًا**»، فَقَالُوا: كَيْفَ نَقْبَلُ أَيْمَانَ قَوْمٍ كُفَّارٍ؟! فقَالَ رَسُولُ اللهِ عليه السلام: «**أَتَحْلِفُونَ وَتَسْتَحِقُّونَ؟**»[1].

وجْهُ الاستدلالِ: أَنَّ رَسُولَ اللهِ عليه السلام جعلَ الأيمانَ على المُدَّعِين بعدَ أنْ جعلَها على المُدَّعَىٰ عليهم؛ فَعُلِمَ: أنَّ ردَّ اليَمِينِ جائزٌ.

ورَوَىٰ مالكٌ في «**الموطأ**»[2]: عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ، عَنْ أَبِيهِ: «**أَنَّ رَسُولَ اللهِ** عليه السلام **قَضَىٰ بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ**»[3].

قال مالكٌ: «وإنما يَكُونُ ذلكَ في الأموالِ خاصَّةً، ولا يَقَعُ ذلكَ في شيءٍ [١٢/٩٩و/د] مِن الحُدُودِ، ولَا في نِكَاحٍ، ولا في طلاقٍ، ولا في عَتَاقةٍ، ولا في سرقةٍ،

(١) أخرجه: البخاري في أبواب الجزية والموادعة/ باب الموادعة والمصالحة مع المشركين بمال وغيره وإثم من لم يف بالعهد [رقم/٣٠٠٢]، ومسلم في كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات/ باب القسامة [رقم/١٦٦٩]، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٣/١٩٧]، من حديث سهل بن أبي حثمة رضي الله عنه به نحوه.

(٢) حديث مالك منقطع. كذا جاء في حاشية: «تح»، و«م».

(٣) أخرجه: مالك في «الموطأ» [٢/٧٢١]، والترمذي في كتاب الأحكام/ باب ما جاء في اليمين مع الشاهد [رقم/١٣٤٥]، والبيهقي في «السنن الكبرىٰ» [١٠/١٦٩]، عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ، عَنْ أَبِيهِ رضي الله عنه به.

عَلَىٰ الْمُنْكِرِينَ وَلَيْسَ وَرَاءَ الْجِنْسِ شَيْءٌ، وَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ.

غاية البيان

ولا في فِرْيَةٍ»[1].

ورَوَىٰ في «السنن» و«شرْح الآثار» مسندًا: إلىٰ سَيْف بْنِ سُلَيْمَانَ الْمَكِّيِّ عَنْ قَيْسِ بْنِ سَعْدٍ عَنْ عَمْرِو بْنِ دِينَارٍ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَىٰ بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ»[2].

وحدَّثَ الطَّحَاوِيُّ: عَنْ يُونُس عَنِ ابْنِ وَهْبٍ عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ بِلَالٍ [٢/٣٣١و] عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ عَنْ سُهَيْلِ بْنِ أَبِي صَالِحٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ عَنْ رَسُولِ اللهِ عليه السلام مِثْله[3].

وحدَّثَ الطَّحَاوِيُّ أيضًا في «شرح الآثار»: بإسناده إلىٰ عَبْدِ الْعَزِيزِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ، فذكر بإسناده مِثْله، قالَ عَبْدُ الْعَزِيزِ: «فَلَقِيتُ سُهَيْلًا، فَسَأَلْتُهُ عَنْ هَذَا الْحَدِيثِ؛ فَلَمْ يَعْرِفْهُ»[4].

وحدَّثَ أبو داودَ في «السننِ» قالَ: حَدَّثَنَا أَحْمَدُ بْنُ أَبِي بَكْرٍ أَبُو مُصْعَبٍ الزُّهْرِيُّ، قَالَ: حَدَّثَنَا الدَّرَاوَرْدِيُّ، عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ سُهَيْلِ بْنِ أَبِي صَالِحٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَىٰ بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ»[5].

(١) ينظر: «الموطأ» لمالك [٢/٧٢٢].

(٢) أخرجه: مسلم في كتاب الأقضية/ باب القضاء باليمين والشاهد [رقم/١٧١٢]، وأبو داود في كتاب الأقضية/ باب القضاء باليمين والشاهد [رقم/٣٦٠٨]، وابن ماجه في كتاب الأحكام/ باب القضاء بالشاهد واليمين [رقم/٢٣٧٠]، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٤/١٤٤]، من حديث ابْنِ عَبَّاسٍ رضي الله عنهما به.

(٣) أخرجه: ابن حبان في «صحيحه» [رقم/٥٠٧٣]، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٤/١٤٤]، والبيهقي في «السنن الكبرىٰ» [١٠/١٦٨]، من طريق سُلَيْمَانَ بْنِ بِلَالٍ بإسناده به.

(٤) أخرجه: الطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٤/١٤٤]، بهذا الإسناد.

(٥) أخرجه: أبو داود في كتاب الأقضية/ باب القضاء باليمين والشاهد [رقم/٣٦١٠]، والترمذي في=

....

قالَ أبو داودَ: «وَزَادَنِي الرَّبِيعُ [٦/٧٢و/م] بْنُ سُلَيْمَانَ الْمُؤَذِّنُ فِي هَذَا الْحَدِيثِ قَالَ: أَخْبَرَنِي الشَّافِعِيُّ، عَنْ عَبْدِ الْعَزِيزِ، قَالَ: فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لِسُهَيْلٍ، فَقَالَ: أَخْبَرَنِي رَبِيعَةُ ـ وَهُوَ عِنْدِي ثِقَةٌ ـ أَنِّي حَدَّثْتُهُ إِيَّاهُ وَلَا أَحْفَظُهُ، قالَ عَبْدُ الْعَزِيزِ: وَقَدْ كانَتْ أَصَابَتْ سُهَيْلًا عِلَّةٌ أَذْهَبَتْ [١٢/٩٩ظ/د] بَعْضَ عَقْلِهِ، وَنَسِيَ بَعْضَ حَدِيثِهِ، فكانَ سُهَيْلٌ بَعْدُ يُحَدِّثُهُ عَنْ رَبِيعَةَ عَنْهُ، عَنْ أَبِيهِ»(١).

ورَوَىٰ في «شرحِ الآثارِ» بإسنادِهِ: إلىٰ عَبْدِ الْوَهَّابِ بْنِ عَبْدِ الْمَجِيدِ الثَّقَفِيِّ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللهِ عَنْ رَسُولِ اللهِ ﷺ مِثْله(٢).

ورَوَىٰ فيهِ أيضًا مسندًا: إلىٰ عُثْمَانَ بْنِ الْحَكَمِ، عَنْ زُهَيْرِ بْنِ مُحَمَّدٍ، عَنْ سُهَيْلِ بْنِ أَبِي صَالِحٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ، عَنْ رَسُولِ اللهِ ﷺ مِثْلَهُ(٣).

والمعقولُ في المسألةِ: أنَّ اليَمِينَ حُجةُ مَنْ يَشْهَدُ لهُ الظاهرُ، وهوَ شاهدٌ للمُدَّعَىٰ عليهِ؛ لأنَّ الأصلَ بَرَاءَةُ ذمتِهِ، فإذا نَكَلَ تحوَّلَ الظاهرُ إلىٰ المُدَّعِي؛ فَيَصِيرُ

= كتاب الأحكام/ باب ما جاء في اليمين مع الشاهد [رقم/١٣٤٣]، وابن ماجه في كتاب الأحكام/ باب القضاء بالشاهد واليمين [رقم/٢٣٦٨]، من طريق الدَّرَاوَرْدِيّ بإسناده به.
قال الترمذي: «حديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قضىٰ باليمين مع الشاهد الواحد، حديث حسن غريب».

(١) ينظر: «سنن أبي داود» [٣/٣٦١٠].

(٢) أخرجه: الترمذي في كتاب الأحكام/ باب ما جاء في اليمين مع الشاهد [رقم/١٣٤٤]، وابن ماجه في كتاب الأحكام/ باب القضاء بالشاهد واليمين [رقم/٢٣٦٩]، وأحمد في «المسند» [٣/٣٠٥]، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٤/١٤٤]، عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللهِ ﵄ به.

(٣) أخرجه: الطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٤/١٤٤]، والبيهقي في «السنن الكبرىٰ» [١٠/١٧٢]، عَنْ سُهَيْلِ بْنِ أَبِي صَالِحٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ ﵄ به.
قال أبو زرعة وأبو حاتم الرازِيَّان: «هذا صحيح». ينظر: «العلل» لابن أبي حاتم [٤/٢٦١].

. . . .

اليَمِينُ حُجةً في حقِّهِ.

ولنا: ما روىٰ محمدُ بنُ الحسنِ في أولِ كتابِ الدعوىٰ: عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «**البَيِّنَةُ عَلَىٰ المُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَىٰ مَنْ أَنْكَرَ**»[1].

بيانُه: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ جعلَ اليَمِينَ حُجةَ جنسِ المُدَّعِين، واليَمِينُ حُجةُ جنسِ المُنْكِرِين، فتَكُونُ جميعُ الأيْمانِ علىٰ المُنْكِرِينَ، فمَنْ ردَّ اليَمِينَ علىٰ المُدَّعِي؛ لَمْ يجْعَلْ جميعَها علىٰ المُنْكِرِينَ، فيَكُونُ ذلكَ نسْخًا للحديثِ المشهورِ[2]؛ لأنَّهُ عَمِلَ به الأُمةُ، وأنهُ لَا يَجُوزُ بخبرِ الواحدِ، ولا بالقياسِ.

والمعنىٰ في ذلكَ: ما ذكرَ أبو بكرٍ ـ المعروف [١٢/١٠٠و/د] بخُوَاهَر زَادَه ـ في كتابِ الشهاداتِ: وهوَ أنَّ القياسَ: ألَّا يَكُونَ قولُ الغيرِ حُجةً علىٰ الغيرِ إذا لَمْ يَكُنْ معصومًا عنِ الكذبِ، إلَّا أنَّا ترَكْنا هذا القياسَ في الشَّهَادَةِ، وفي يَمِينِ المُدَّعَىٰ قِبَلَه بالنصِّ، وما ثبَتَ نصًّا بخلافِ القياسِ: لَا يُقاسُ عليْهِ غيرُهُ.

والنصُّ الوارِدُ يجْعَلُ الشَّهَادَةَ حُجةً لِلاسْتِحْقَاقِ معَ احتمالِ الكذبِ؛ لَا يَكُونُ وارِدًا في يَمِين المُدَّعِي دلالةً؛ لأنَّ ما يتَمَكَّنُ في يَمِينِ المُدَّعِي مِنَ الكذبِ أكثرُ مما يتَمَكَّنُ في الشَّهَادَة؛ لأنَّ الشَّاهِدَ يَشْهَدُ لغيرٍ، والمُدَّعِي خصْمٌ يُثْبِتُ لنَفْسِهِ، ولا شكَّ أنّ المُثْبِتَ لنَفْسِهِ أكثرُ تهمةً مِن المُثْبِتِ لغيرِهِ، ولهذا لَمْ تَكُنْ شَهَادَةُ الأبِ حُجةً.

وكذلكَ النصُّ الوارِدُ يجْعَلُ اليَمِينَ حُجةً للمُنْكِرِ، وأَنَّهُ بيمينِهِ ليسَ يسْتَحقُّ ما ليسَ بثابتٍ [٦/٧٢ظ/م] لهُ، بلْ يدَّعِي ما هوَ ثابتٌ لهُ؛ لَا يَكُونُ وارِدًا دلالةً في حقِّ المُدَّعِي، والمُدَّعِي بيمينِهِ يُثْبِت ما ليسَ بثابتٍ له؛ لأنَّ إثباتَ ما هوَ غيرُ ثابتٍ فوقَ

(١) مضىٰ تخريجه.

(٢) وقع بالأصل: «المشهود». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

. . . .

غاية البيان

إبقاءِ ما هوَ ثابتٌ، وإذا لَمْ يُعْتَبَرْ وارِدًا دلالةً؛ رُدَّ ما تنازَعْنا فيهِ إلىٰ ما يقتضِيهِ القياسُ.

والقياسُ: ألَّا يَكُونَ قولُ الغيرِ حُجةً علىٰ الغيرِ، فكيفَ قولُ الإنسانِ لنفسِهِ علىٰ الغيرِ؟!

علىٰ أنَّا نقولُ [٢/٣٣١ظ]: استدلَّ بعضُ أصحابِنا في المسألةِ بقوله تعالىٰ [١٢/١٠٠ظ/د]: ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

بيانُه: أنَّ اللهَ تعالىٰ بَيَّنَ حُكْمَ الشَّهَادَةِ أصلًا وخَلَفًا، فمَنْ جوَّزَ القَضَاءَ باليمينِ مع الشَّاهِدِ بخبرِ الواحدِ؛ فقدْ زادَ علىٰ النصِّ بهِ، وأنَّهُ لَا تَجُوزُ الزِّيَادَةُ بِهِ؛ لأَنَّهُ نسْخٌ عندنا علىٰ ما عُرِفَ في أصولِ الفقهِ، ولأنَّ اليَمِينَ حُجةٌ لأحدِ المتداعِيَيْنِ؛ فلَمْ يَجُزْ نقْلُها إلىٰ الآخرِ كَالبَيِّنَةِ.

يُبَيِّن ذلكَ: أنَّ البَيِّنَةَ يَدْخُلُهَا النِّيَابَةُ مِنْ جهةِ الشهودِ، واليَمِينُ بخلافِهِ، فإذا لَمْ يَجُزْ ردُّ البَيِّنَةِ برضا صاحبِه؛ فاليَمِينُ أَوْلَىٰ، ولأنَّ يَمِينَ المُدَّعِي: قولُه، فلَا يسْتَحقُّ بهِ الشيءَ المُدَّعَىٰ علىٰ غيرِه كدعواهُ.

يُؤَيِّدُه: ما رُوِيَ في «**شرْحِ الآثارِ**»: عن ابنِ عَبَّاسٍ أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ: «**لَوْ يُعْطَىٰ النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ؛ لَادَّعَىٰ النَّاسُ دِمَاءَ رِجَالٍ وَأَمْوَالَهُمْ، وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَىٰ الْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ**»[١]، ذكرَه مسلمٌ أيضًا في «**صحيحِه**»: **عَنْ أَبِي الطَّاهِرِ**[٢]، **عَنِ ابْنِ وَهْبٍ، عَنِ ابْنِ جُرَيْجٍ، عَنِ ابْنِ أَبِي مُلَيْكَةَ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ عَنِ النَّبِيِّ** عليه السلام[٣].

فثَبَتَ بذلكَ: أنَّ المُدَّعِيَ لَا يسْتَحقُّ بدعواهُ دمًا ولَا مالًا، وإنما يسْتَحقُّ بها

(١) مضىٰ تخريجه.

(٢) وقع بالأصل: «الظَّاهِر». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٣) مضىٰ تخريجه.

. . . .

يَمِينَ المُدَّعَىٰ عليْهِ خاصَّةً، وهذا حديثٌ ظاهرُ المعنىٰ، يُحْمَلُ عليْهِ ما خَفِيَ في حديثِ الخَصْمِ، ويُجْعَلُ المرادُ مِن اليَمِينِ: يَمِينَ المُدَّعَىٰ عليْهِ، فافهمْ.

والجوابُ الشافي عنْ حديثِ الخَصْمِ فنقولُ(١): ضَعَّفَه الطَّحَاوِيُّ في «شرْحِ الآثارِ»(٢)، فقال [١٢/١٠١و/د]: «وأمَّا حديثُ: «عُثْمَان بْن الْحَكَم، عَنْ زُهَيْرِ بْنِ مُحَمَّدٍ، عَنْ سُهَيْلٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ»: فمنكرٌ أيضًا؛ لأنَّ أبا صالحٍ لَا تُعرفُ لهُ روايةٌ عنْ زيدٍ، ولوْ كانَ عندَ سُهَيْلٍ مِنْ ذلكَ شيءٌ ما أنكرَ علىٰ الدَّرَاوَرْدِيِّ ما ذكَرَهُ عن رَبِيعَةَ».

وأمَّا حديثُ ابنِ عَبَّاسٍ: فمنكَرٌ أيضًا؛ لأنَّ قَيْسَ بنَ سَعْدٍ لَا نعلمُه يُحدِّثُ عنْ عَمْرو بن دِينَارٍ بشيءٍ، فكيفَ يحتَجُّ بهِ الخصْمُ في مِثْلِ هذا؟ ولأنَّ سيفَ بنَ سليمانَ ضعيفٌ [٦/٧٣و/م] لَا يُحْتَجُّ بروايتِهِ في إثباتِ السُّنَنِ. كذا قالَ أبو بكرٍ الرَّازِيُّ في «**شرحِ الطَّحَاوِيِّ**»(٣).

وقالَ الخَصَّافُ في «أدبِ القاضي»: «ذُكِرَ هذا الحديثُ لِعَلِيِّ بْنِ الْمَدِينِيِّ، فقالَ: هذا غلَطٌ مِن سيفٍ»(٤).

---

(١) وقع بالأصل: «فيقول». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٢) ينظر: «شرح معاني الآثار» الطحاوي [٤/١٤٤].

(٣) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للجصاص [٨/٨٣].

(٤) **هذا النقل**: لَمْ يذْكره أبو بكر الرازِيُّ ولا الصدرُ الشهيد في شَرْحَيْهما علىٰ «أدب القاضي»، علىٰ عادتهما في الإخلال بعبارة الأصْل وإعمالِ سيْف الاقتضاب فيها!
وهذا النقل هنا: ثابتٌ في النسخة المُسْندة مِن «أدب القاضي» للخَصَّاف [ق/٢٤٤/ب/ مخطوط مكتبة كوبريلي فاضل أحمد باشا/ (رقم الحفظ: ٥٤٦)]، وينظر: «شرح أدب القاضي» للصدر الشهيد [٤/٤٥٥]، و«شرح أدب القاضي» لأبي بكر الرازِيّ [ق/٢٠٠/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٦٥٨)].

. . . .

وأمَّا حديثُ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَابِرٍ: فإنَّ عبدَ الوهابِ ذكَر هكذا، وأمَّا الحُفَّاظ ـ مالكٌ وسُفْيَانُ ـ: فرَوَوْهُ عنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ، عَنْ أَبِيهِ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ، ولَمْ يذكرُوا فيه: جَابِرًا، وهُمْ لَا يحتَجُّونَ لعبدِ الوهابِ فيما يُخالِفُ فيهِ الثَّوْرِيَّ ومالكًا. كذا قالَ الطَّحَاوِيُّ[1].

أَوْ نقولُ: إنْ صحَّ الحديثُ فتأويلُه: أنَّ المُدَّعَىٰ عليْهِ ادَّعَىٰ علىٰ المُدَّعِي الإيفاءَ، وفي مِثْلِهِ يَجِبُ اليَمِينُ علىٰ المُدَّعِي؛ لأنَّهُ ينقَلِبُ مُدَّعًىٰ عليْهِ.

أَوْ تأويلُه: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قضَىٰ باليمينِ مع الشَّاهِد فيما إذا أقامَ المُدَّعِي شاهدًا واحدًا، وعجزَ عن إقامة شاهدٍ آخرَ، فقضَىٰ رسولُ الله ﷺ باليمينِ علىٰ المُدَّعَىٰ عليْهِ مع وجودِ الشَّاهِدِ الواحدِ، ولَمْ يلْتَفِتْ إلىٰ وجودِهِ.

قال أبو بكرٍ الرَّازِيُّ: «ومِنْ فُحْشِ مَذْهب القائل بالشاهدِ واليَمِينِ: أنَّهُ يَسْتَحْلِفُ المُدَّعِيَ إذا كانَ ذِميًّا مع شَهَادَة المسلمِ، ويُوجِبُ لهُ الحقَّ، وزعمُوا أنَّ يَمِينَ الطالبِ قائمةٌ مقامَ المرأتيْنِ، فيَنْبَغِي أنْ يقبَلَ المرأتيْنِ إذا كانتا مِنْ أهلِ الذِّمَّةِ، كما قَبِلَ يَمِينَ الذِّمِّيِّ، بلْ شَهَادَةُ المرأَتَيْنِ الذِّمِّيَّتَيْنِ أبعَدُ مِن التهمةِ مِن يمينِ الطالبِ الذِّمِّيِّ، ويَنْبَغِي أنْ يَكُونَ الذِّمِّيُّ ممَّنْ يُرْضَىٰ مِنَ الشهداءِ، حتىٰ إذا شَهِدَ علىٰ مُسْلمٍ؛ كانَ مقبولَ الشَّهَادَةِ.

والذي رُوِيَ: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قالَ لِلْأَنْصَارِ: «**أَتحلِفُونَ وَتَسْتَحِقُّونَ**»[2] [١٢/١٠١ظ/د]: فلَا دليلَ فيهِ للخَصْم؛ لأنَّهُ قالَ ﷺ ذلكَ علىٰ سبيلِ الإنكارِ عليهمْ؛ بدليلِ أنَّ اليَمِينَ علىٰ المخالفِ لَا يُرَدُّ علىٰ المُدَّعِي إلَّا بعدَ أنْ يمتَنِعَ المُدَّعَىٰ عليْهِ، واليهودُ لَمْ يمْتَنِعوا مِن اليَمِينِ [٢/٣٣٢ر]، وإنما قالتِ الأنصارُ: لَا نرضَىٰ

---

(١) ينظر: «شرح معاني الآثار» الطحاوي [٤/١٤٤].

(٢) مضىٰ تخريجه.

. . . .

غاية البيان

بأَيْمانِهم، فدلَّ أنَّ الكلامَ خرَجَ على وجْهِ الإنكارِ».

وحدَّثَ الطَّحَاوِيُّ في «شرحِ الآثارِ»: عَنْ وَهْبَانَ بْنِ عُثْمَانَ البَغْدَادِيِّ قَالَ: حَدَّثَنَا أَبُو هَمَّامٍ قَالَ: حَدَّثَنَا ابْنُ المُبَارَكِ، عَنِ ابْنِ أَبِي ذِئْبٍ، عَنِ الزُّهْرِيِّ: «أَنَّ مُعَاوِيَةَ أَوَّلُ مَنْ قَضَىٰ بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ، وَكَانَ الْأَمْرُ عَلَىٰ غَيْرِ ذَلِكَ»[1].

فَإِنْ قُلْتَ: أنتمْ أَبَيْتُمُ القَضَاءَ باليمينِ مع [٦/٧٣ظ/م] الشَّاهِدِ؛ لكونِهِ زيادةً على النصِّ بخبرِ الواحدِ، وتُجَوِّزُونَ شَهَادَةَ المرأةِ الواحدةِ في الوِلادةِ، والبَكَارَةِ، وعيوبِ النساءِ في موضعٍ لَا يَطَّلِع عليْهِ الرجالُ، وفيه زيادةٌ على النصِّ أيضًا بخبرِ الواحدِ.

قُلْتُ: شَهَادَةُ النساءِ جُوِّزَتْ بالإجماعِ في هذهِ الصُّوَرِ مِن غيرِ اشتراطِ ضَمِّ الذَّكَرِ إليهنَّ، والحُكْمُ الثابتُ بالإجماعِ كالحُكْم الثابتِ بالنصِّ، وإنما جُوِّزَتْ شهادتُهن دفْعًا للضَّرُورَةِ، ثُمَّ لَمَّا سَقطَ اعتبارُ الضمِّ؛ سَقَطَ اعتبارُ العددِ أيضًا عندنا؛ لأنَّ اعتبارَ العددِ في الشَّهَادَةِ بخلافِ القياسِ؛ لأنَّ [١٢/١٠٢و/د] ذلكَ لَا يفيدُ شيئًا زائدًا.

علىٰ أنَّا نقولُ: قولُه ﷺ: «**شَهَادَةُ النِّسَاءِ جَائِزَةٌ فِيمَا لَا يَسْتَطِيعُ الرِّجَالُ النَّظَرَ إِلَيْهِ**»[2]: للجنسِ، والجنسُ يَقَعُ على الأدنىٰ معَ احتمالِ الكلِّ، وهوَ حديثٌ مشهورٌ تجوزُ الزِّيَادَةُ بِهِ على الكتابِ.

فعندَ مالكٍ: يُشْتَرط الثنتانِ[3].

وعند الشَّافِعِيِّ: يُشْتَرطُ الأربعُ[4]، ومذهبُنا مَرْوِيٌّ عَنْ عَلِيٍّ رضي الله عنه.

---

(١) أخرجه: الطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٨/١٤٨]، بهذا الإسناد.

(٢) مضىٰ تخريجه.

(٣) ينظر: «التاج والإكليل لمختصر خليل» للمواق [٨/٢١٢]، و«شرح مختصر خليل» للخرشي [٧/١٩٨]. و«الشرح الصغير» للدردير [٤/١٢٣].

(٤) ينظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٨/٢١٨]، و«الوجيز/ مع العزيز شرح الوجيز»=

قَالَ: وَلَا تُقْبَلُ بَيِّنَةُ صَاحِبِ الْيَدِ فِي الْمِلْكِ الْمُطْلَقِ، وَبَيِّنَةُ الْخَارِجِ أَوْلَىٰ.

وقدْ روىٰ محمدٌ هذا الحديثَ في شهاداتِ «**الأصلِ**»[1]، في أوَّلِ بابِ شَهَادَةِ النساءِ: عن أبي يوسفَ، عن غالبِ بن عبيدِ اللهِ، عنْ مجاهدٍ، وعن سعيدِ بن المُسَيِّبِ، وعَطَاءِ بنِ أبي رَبَاحٍ، وطَاوُسٍ قالوا: قالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «**شَهَادَةُ النِّسَاءِ جَائِزَةٌ فِيمَا لَا يَسْتَطِيعُ الرِّجَالُ النَّظَرَ إِلَيْهِ**»[2].

قولُه: (قَالَ: وَلَا تُقْبَلُ بَيِّنَةُ صَاحِبِ الْيَدِ فِي الْمِلْكِ الْمُطْلَقِ، وَبَيِّنَةُ الْخَارِجِ أَوْلَىٰ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «**مختصرِهِ**»[3].

قالَ شيخُ الإسلامِ خُوَاهَر زَادَه في «مبسوطِهِ»: «وقالَ زُفَرُ والشَّافِعِيُّ: بأنَّ بَيِّنَةَ ذي اليدِ أَوْلَىٰ[4]، وقولُ مالكٍ كقولِ الشَّافِعِيِّ. كذا في «**التفريعِ**»[5].

وقولُ أحمدَ بنِ محمدِ بنِ حَنْبَلٍ كقولِنا. كذا ذكَرَ الخِرَقِيُّ قولَه في «**مختصرِهِ**»[6].

وأراد بِالمِلْكِ المُطْلَقِ: أنْ يدَّعِيَ المِلْكَ مِن غيرِ أنْ يتعرَّضَ للسَّبَبِ؛ بأنْ يقولَ: هذا مِلْكِي، ولَمْ يَقُلْ: هذا مِلْكِي بسببِ الشِّرَاءِ، أوِ الإِرْثِ أوْ نحوِ ذلكَ، وهذا لأنَّ المُطْلَقَ ما يتعرَّضُ للذَّاتِ دونَ الصفاتِ، لَا بالنفْيِ ولا بالإثباتِ[7].

= للغزالي [٤٨/١٣].

(١) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٥١٩/١١/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٢) مضىٰ تخريجه.

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢١٤].

(٤) ينظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٣٢٠/٨]. و«المهذب في فقه الإمام الشافعي» للشيرازي [٤١٤/٣].

(٥) ينظر: «التفريع في فقه الإمام مالك» لابن الجلاب [٢٥١/٢].

(٦) ينظر: «مختصر الخرقي» [ص/١٥٩].

(٧) ينظر: «العناية» [١٧٤/٨]، «تكملة البحر الرائق» [٢٠٤/٧].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَقْضِى بِبَيِّنَةِ ذِي الْيَدِ لِاعْتِضَادِهَا بِالْيَدِ فَيَتَقَوَّىٰ الظُّهُورُ، وَصَارَ كَالنِّتَاجِ وَالنِّكَاحِ وَدَعْوَىٰ الْمِلْكِ مَعَ الْإِعْتَاقِ وَالِاسْتِيلَادِ وَالتَّدْبِيرِ.

غاية البيان

وجْهُ قولِ الشَّافِعِيِّ: أنَّ الخارجَ وذا اليدِ تساوَيَا في البَيِّنَةِ، وانفردَ ذو اليدِ باليدِ، فكانَ أَوْلَىٰ، يَدُلُّ عليْهِ الأحكامُ:

منها: أنهما إذا ادَّعَيَا النتاجَ؛ كانَ ذو اليدِ أَوْلَىٰ.

ومنها: إذا ادَّعَيَا [١٠٢/١٢ظ/د] نكاحَ امرأةٍ، وأقاما[1] البينةَ علىٰ ذلكَ؛ فصاحبُ اليدِ أَوْلَىٰ.

ومنها: إذا ادَّعَيَا المِلْكَ معَ الْإِعْتَاقِ [٧٤/٦و/م]، أوِ الِاسْتِيلَادِ، أوِ التَّدْبِيرِ، أوِ الكِتَابَةِ، بأنْ قالَ أحدُهما: هذا عبدي أعتقْتُه، أوْ دبَّرتُه، أوْ كاتَبتُه، أوْ قالَ: هذه أَمَتِي استولَدتُها، وقالَ الآخرُ كذلكَ، وأقامَا البَيِّنَة علىٰ ذلكَ؛ كانَ ذو اليدِ أَوْلَىٰ.

ومنها: إذا ادَّعَيَا الشِّرَاءَ مِن ثالثٍ، فأقامَا البَيِّنَةَ؛ كانَ ذو اليدِ أَوْلَىٰ؛ لأنَّ بَيِّنَةَ ذي اليدِ تأيَّدَتْ بمُؤَيِّدٍ، وهوَ اليدُ.

ولنا: قولُه ﷺ: **«البَيِّنَةُ عَلَىٰ المُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَىٰ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ»**[2].

بيانُه: أنَّ النَّبيَّ ﷺ جعلَ جميعَ البَيِّنَة مِن جانبِ المُدَّعِي؛ لأنَّ اللامَ في البَيِّنَةِ للجنسِ؛ لعدمِ العهدِ، فلَمْ يَبْقَ في جانبِ المُدَّعَىٰ عليْه إلَّا اليَمِينُ.

والمُدَّعِي: اسمٌ لمنْ يدَّعِي الشيءَ، ولا دلالةَ معهُ، ولهذا يُقَالُ: مُسَيْلَمةُ الكذَّابُ [٣٣٢/٢ظ] مُدَّعِي النبوَّةِ، والخارجُ بهذه المثابةِ؛ لأنَّهُ لَا دلالةَ معهُ علىٰ المِلْكِ، بخلافِ ذي اليدِ، فإنَّ اليدَ دليلُ المِلْكِ، ولأنَّ البيناتِ وُضِعَتْ للإثباتِ، فأيُّها كانَ أكثرَ إثباتًا؛ كانَتْ أَوْلَىٰ، فبينةُ الخارجِ أكثرُ إثباتًا، فكانَتْ أَوْلَىٰ؛ لأنَّ بَيِّنَةَ

(١) وقع بالأصل: «وأقام». والمثبت من: نسخة الأم «د»، و«ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٢) مضىٰ تخريجه.

وَلَنَا: أَنَّ بَيِّنَةَ الْخَارِجِ أَكْثَرُ إِثْبَاتًا أَوْ إِظْهَارًا؛ لِأَنَّ قَدْرَ مَا أَثْبَتَهُ الْيَدُ لَا يُثْبِتُهُ بَيِّنَةُ ذِي الْيَدِ، إِذِ الْيَدُ دَلِيلٌ مُطْلَقِ الْمِلْكِ، بِخِلَافِ النِّتَاجِ؛ لِأَنَّ الْيَدَ لَا تَدُلُّ

غاية البيان

الخارجِ تُثْبِتُ المِلْكَ مِن كلِّ وجهٍ، وبَيِّنَةُ ذي اليدِ لَا تُثْبِتُ المِلْكَ مِن كلِّ وجْهٍ، بلْ مِن وجهٍ؛ لأنَّ اليدَ دليلُ [١٢/١٠٣و/د] المِلْك، ولهذا لوْ رأىٰ عيناً في يدِ إنسانٍ يَتَصَرَّفُ فيهِ تصرُّفَ المُلَّاك؛ جازَ لمَنْ رأىٰ أنْ يشْهدَ بالمِلْكِ لهُ.

ولهذا لوِ اختلفَ البَائِعُ والمُشْتَرِي في مقدارِ الثَّمَنِ، وأقاما البَيِّنَةَ؛ كانَ بَيِّنَةُ البَائِعِ أَوْلَىٰ؛ لأنَّها أكثرُ إثباتًا، فكذلكَ هنا، ولأنَّ بَيِّنَةَ ذي اليدِ قامَتْ علىٰ ما يَشْهَدُ لهُ ظاهرُ اليدِ، فلَا تُقْبَلُ، كما لوْ أقامَها ابتداءً، ولَمْ يُقِمِ الخارجُ البَيِّنَةَ، أوْ أقامَها بعدما قضَىٰ القاضي للخارجِ، أوْ أقامَها ذو اليدِ علىٰ المِلْكِ المُطْلَقِ، وأقامَ الخارجُ علىٰ الشِّرَاءِ مِن ذي اليدِ.

ولا يَلْزَمُ علىٰ هذا البَيِّنَةُ بالتاريخِ؛ لأنَّ ظاهرَ اليدِ لَا يَدُلُّ علىٰ تقدُّمِ المِلْكِ، فقدْ أقامَ ذو اليدِ البَيِّنَةَ علىٰ ما لَا يدلُّ عليْهِ ظاهرُ يدِه، وكذلكَ البَيِّنَةُ علىٰ النِّتَاجِ[1]؛ لأنَّ اليدَ لَا تدلُّ عليْهِ، وكذلكَ البَيِّنَةُ علىٰ الإِعْتَاقِ ونحوِهِ؛ لأنَّ المَقْصُودَ منْهُ إثباتُ الْوَلَاءِ، وكلُّ واحدٍ منهما أثبتَهُ ببيِّنَتِهِ، فترجَّحَ ذو اليدِ باليدِ، وكذلكَ دعوىٰ كُلِّ واحدٍ منهما الشِّرَاءَ مِن ثالثٍ.

قالَ في «مختصرِ الأسرارِ»: «ولا يَلْزَمُ الشَّفِيعُ إذا أقامَ البَيِّنَةَ علىٰ أنَّ الدَّارَ الملاصقةَ للمَبيعةِ مِلْكُهُ، **حيثُ تُسْمَعُ بَيِّنَتُهُ؛ لأنَّهُ يقْصِدُ بها اسْتِحْقَاقَ مِلْكِ الغيرِ،** وهيَ الدَّارُ [١٢/١٠٣ظ/د] المَبيعةُ، **ولأنَّ ذا اليدِ أقامَ البَيِّنَةَ فيما يَشْهَدُ لهُ الظاهرُ فيما** يَلْحَقُهُ [٦/٧٤ظ/م] الفَسْخُ **علىٰ وجْهِ المعارَضةِ، فلَا يُقْبَلُ، كَمَنِ ادَّعَىٰ عليْهِ دَيْنًا** وأنكرَ، **فأقامَ البَيِّنَةَ أنَّهُ لَا دَيْنَ عليْهِ».**

---

(١) النِّتاجُ: اسمٌ يَجْمَع وَضْعَ الغَنَم والبهائم كلها، ثم سُمِّيَ به المنتوج، وقد نَتَجَ الناقةَ يَنْتِجُها نَتْجًا؛ إذا وَلِيَ نتاجَها حتىٰ وضعَتْ، فهو ناتج. ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزِي [٢/٢٨٥].

عَلَيْهِ، وَكَذَا عَلَى الْإِعْتَاقِ وَأُخْتَيْهِ وَعَلَى الْوَلَاءِ الثَّابِتِ بِهَا.

قَالَ: وَإِذَا نَكَلَ الْمُدَّعَى عليهِ عَنِ الْيَمِينِ؛ قُضِيَ عليْهِ بِالنُّكُولِ، وَأَلْزَمَهُ مَا ادُّعِيَ عَلَيْهِ.

غاية البيان

ولا يَلْزَمُ إذا أقامَ البَيِّنَةَ على الحُرِّيَّةِ، حيثُ تُقْبَلُ وإنْ كانَ الظاهرُ يَشْهَدُ لها؛ لأنَّهُ لَا يلْحَقُها الفَسْخُ، ثُمَّ يَسْتَوِي الجوابُ بينَ أنْ يَكُونَ الخارجُ مسلمًا، أوْ ذمِّيًّا، أوْ مُسْتأمنًا، أوْ عبدًا، أوْ حُرًّا، أوِ امرأةً، أوْ رَجُلًا، والمُدَّعَى قِبَلَهُ كذلكَ، والمُدَّعَى بهِ كذلكَ، أيَّ مالٍ كانَ؛ لقولِهِ ﷺ: «**البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ**»[1]، والبَاقِي يُعْرَف في كُتُب أصحابِنا المتقدِّمينَ.

قولُه: (وَكَذَا عَلَى الْإِعْتَاقِ وَأُخْتَيْهِ)، **أي:** اليدُ لَا تَدُلُّ على الْإِعْتَاقِ، والِاسْتِيلَادِ، والتَّدْبِيرِ، كما لَا تَدُلُّ اليدُ على النِّتَاجِ، فكانَتْ بَيِّنَةُ ذي اليدِ أَوْلَى؛ لأنَّها قامَتْ على غيرِ ما دلَّتْ عليهِ اليدُ، فترجَّحَتْ باليدِ.

قولُه: (بِهَا)، أي: بهذه الأشياءِ، وهيَ الْإِعْتَاقُ، والِاسْتِيلَادُ، والتَّدْبِيرُ.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا نَكَلَ الْمُدَّعَى عليهِ عَنِ الْيَمِينِ؛ قُضِيَ عليْهِ بِالنُّكُولِ، وَأَلْزَمَهُ مَا ادُّعِيَ عَلَيْهِ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «**مختصرِهِ**»[2]، وفي بعض نُسَخ «**المختصرِ**»: «**وَلَزِمَهُ**»[3].

---

(١) مضى تخريجه.

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/٢١٤].

(٣) هذا لفْظ المطبوع مِن «مختصر القُدُوْري». وهو الثبت في أكثر نُسَخ «المختصر» التي بين أيدينا. منها: [ق١٣٦/أ/ مخطوط مكتبة راغب باشا ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٥٨٥)]، ومنها: [ق١٧٧/أ/ مخطوط مكتبة كوبريلي محمد عاصم بك ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١١٠)]، ونسخة ثالثة: [ق٩٩/أ/ مخطوط مكتبة نور عثمانية ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٧٧٦)]، ونسخة رابعة: [ق٨٣/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٩٥٢)].

وعليه شرَح جماعةٌ مِن الأئمة: منهم: أبو الرجاء الزَّاهِدِيّ في «المُجْتَبى» [ق ٣٤٩/أ/ مخطوط=

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَقْضِى بِهِ بَلْ يَرُدُّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعِي، فَإِذَا حَلَفَ يَقْضِي بِهِ؛ لِأَنَّ النُّكُولَ يَحْتَمِلُ التَّوَرُّعَ عَنْ الْيَمِينِ الْكَاذِبَةِ، ....

غاية البيان

وقالَ في كتاب «التفريعِ» لأصحابِ مالكٍ: «وإذا ادَّعَى على رَجُلٍ دعواهُ؛ لَمْ يحْلِفْ لهُ بمجرّدِ [١٢/١٠٤و/د] دعواهُ حتى يَثْبُتَ أنَّ بينهما خُلْطةً، فإذا ثبَتَ ذلكَ[1]؛ حَلَفَ المُدَّعَى عليْهِ وبَرِئَ، فإنْ نَكَلَ عنِ اليَمِينِ؛ لَمْ يُحْكَمْ عليْهِ بمجردِ النُّكُولِ، وحَلَفَ المُدَّعِي على ما ادعاهُ، واستحقَّ ما ادعاهُ بيمينِهِ ونكولِ خَصْمِه، فإنْ لَمْ يحْلِفْ؛ لَمْ يُحْكَمْ لهُ بشيءٍ»[2]. إلى هنا لفْظُ «التفريعِ».

قال الإمامُ علاءُ الدِّينِ العالمُ في «طريقةِ الخلافِ»: «قال علماؤُنا رحمهم الله: النُّكُولُ حُجةٌ يُقْضَى بها في بابِ الأموالِ.

وقال الشَّافعِيُّ رحمه الله: لَا يُقْضَى بمجردِ النُّكُولِ، بلْ يُنْقَلُ اليَمِينُ إلى المُدَّعِي، فإذا حَلَفَ الآنَ يُقْضَى لَهُ[3]»[4].

ورُوِيَ عن أحمدَ بنِ محمدِ بنِ حَنْبَلٍ أنَّهُ قالَ: «إذا نَكَلَ المُدَّعَى عليْهِ [٢/٣٣٣و]؛

= مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٨٠٨)]، وخُوَاهَرْ زَادَه في «كتابه» [ق ١٩٠/أ/ مخطوط مكتبة كوبريلي فاضل أحمد باشا ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٥٨٩)]، وبهاءُ الدِّين الأَسْبِيجَابِيُّ في كتابه: «زاد الفقهاء/ شرْح مختصر القُدُورِيّ» [ق ٢٢٩/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٧٩٥)]. وأبو نصْر الأقطع [ق٢٤٦/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٨٠٠)]. وحسامُ الدين الرازِيّ في «خلاصة الدلائل/ شرح مختصر القُدُورِيّ» [٢/٢٨٣]، والحدَّادِيّ في: «الجوهرة النيرة/ شرح القُدُورِيّ» [٢/٢١١]، والميدانِيّ في: «اللباب في شرح الكتاب» [٤/٣٠]، وغيرهم.

(١) وقع بالأصل: «ثبت لك». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٢) ينظر: «التفريع في فقه الإمام مالك بن أنس» لابن الجلاب [٢/١٩٠].

(٣) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [١٧/١٣٩ ـ ١٤١]. و«روضة الطالبين» للنووي [٥/٨٢]، و«النجم الوهاج في شرح المنهاج» للدَّمِيري [١٠/٤٢٤].

(٤) ينظر: «طريقة الخلاف» للعلاء السمرقندي [ص/٣٩٠].

....

حَبَسْتُه أبدًا حتىٰ يحْلِفَ، فيَبْرَأ أوْ يُقِرّ، فيُحْكَم عليه»[1]. ومذهبُ سُفْيان الثَّوْرِيِّ كمذهبِ أصحابِنا. كذا ذكرَ مذهبَه بعضُ أصحابِ مالكٍ.

وجْهُ قولِ الشَّافِعِيِّ في عدمِ القَضَاءِ بِالنُّكُولِ، ورَدِّ اليَمِينِ علىٰ المُدَّعِي: الاستدلالُ بما رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ: أنَّهُ ردَّ اليَمِينَ علىٰ المُدَّعِي، وقد أبطَلْنا ذلك قبْل هذا بأبلغِ الوجوهِ.

ثُمَّ استدلَّ علىٰ دَفْعِ مذهبِنا علىٰ ما يقتضِيهُ قياسُ أصحابِنا فقالَ: ظاهرُ قوله تعالىٰ: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٞ وَٱمْرَأَتَانِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] [١٢/١٠٤ظ/د]، ينفِي القَضَاءَ بِالنُّكُول؛ لأنَّهُ زيادةٌ علىٰ كتابِ اللهِ تعالىٰ، وهيَ [٦/٧٥و/م] نَسْخٌ عندَكم، وكذا ظاهر قوله ﷺ: «**البَيِّنَةُ عَلَىٰ المُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَىٰ مَنْ أَنْكَرَ**»[2]، ينفِي ذلك؛ لأنَّهُ جعَلَ حُجةَ اسْتِحْقَاقِ المُدَّعِي: البَيِّنَةَ، لَا النُّكُولَ[3]، فَمَنْ جعلَ النُّكُولَ حُجةَ اسْتِحْقَاقِ المُدَّعِي؛ فقد زادَ علىٰ الحديثِ المشهور، وهوَ نَسْخٌ عندكم، ولأنَّ النُّكُولَ عنِ اليَمِينِ يَحْتَمِلُ التورُّعَ عنِ اليَمِينِ الصادقةِ، والتحرُّزَ[4] عنِ اليَمِينِ الفاجرةِ، وَالتَّرَوِّي لاشتباهِ الأمْرِ، والمحتملُ لَا يَصْلُحُ حُجَّةً.

فأَمَّا مَنْ قالَ بالحبسِ: قاسَ علىٰ دعوىٰ القِصَاصِ إذا نَكَلَ المُدَّعَىٰ عليْهِ عنِ اليَمِين، وفي بابِ اللِّعَان إذا امتنعَتِ المرأةُ عنِ اللِّعَان، فإنها تُحْبَس حتىٰ تحْلِفَ، ولا يُقْضَىٰ بحدِّ الزِّنَا، ولا بالقصاصِ.

قال شيخُ الإسلامِ خُوَاهَر زَادَه في «مبسوطِهِ»: «وهوَ مذهبُ مالكٍ، فإنه

---

(١) هذه رواية عن أحمد. ينظر: «المستوعب» لنصير الدين السامري [٢/٦١٩].

(٢) مضىٰ تخريجه.

(٣) وقع بالأصل: «لأن النُّكُول». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٤) وقع بالأصل: «والتحوز». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

. . . .

يَقُولُ: المُدَّعَىٰ قِبَلَه إذا نَكَلَ عن اليَمِين؛ لَا يُقْضَىٰ عليْهِ بالقصاصِ، ولكنْ يحْبِسُه حتىٰ يحْلِفَ أوْ يُقِرَّ».

ولنا: إجماعُ الصحابةِ علىٰ القَضَاءِ بِالنُّكُولِ، فإنَّ شيخَ الإسلامِ أبا بكرٍ المعروفَ بخُوَاهَر زَادَه قالَ في «**مبسوطِهِ**»: «رُوِيَ عن عُمَرَ، وعُثْمَانَ، وعَلِيٍّ، وعبد اللهِ بن عُمَرَ، وابنِ عَبَّاسٍ، وأبي مُوسَىٰ الأَشْعَرِيِّ [١٢/١٠٥و/د] رضي الله عنهم: أنَّهم قَضُوا بِالنُّكُولِ، رُوِيَ ذلكَ عنهم بألفاظٍ مختلفةٍ، ولَمْ يُرْوَ عنْ أقرانِهم خلافُ ذلك؛ فحلَّ محلَّ الإجماع.

والمعنىٰ في المسألة: أنَّ المُدَّعَىٰ قِبَلَه لَمَّا نَكَلَ عنِ اليَمِينِ؛ فقد منعَ بدلَ حقِّ المُدَّعِي، فكانَ علىٰ القاضي أنْ يعيدَه إلىٰ أصْل حقِّه، وهوَ ما ادَّعَىٰ؛ قياسًا علىٰ مَن اشْتَرَىٰ عبدًا بألفِ درهم، فوجدَ المُشْتَرِي به عيبًا كانَ عندَ البَائِعِ، فأقَرَّ بهِ البَائِعُ؛ كانَ علىٰ القاضي أنْ يعيدَ المُشْتَرِي إلىٰ أصْلِ حقِّه - وهو الثَّمَنُ - بفسْخِ البَيْعِ؛ لأنَّ البَائِعَ منعَ بدلَ حقِّهِ علىٰ الوجهِ الذي اقتضاهُ العَقْدُ عُرْفًا، وقدْ أمْكَنَ القاضي إعادتَه إلىٰ أصْلِ حقِّهِ.

وإنما قلْنا: منعَ بدلَ حقِّ المُدَّعِي؛ لأنَّ ما ادّعاهُ المُدَّعِي ثابتٌ في حقِّ المُدَّعِي؛ لأنَّهُ صادِقٌ في حقِّ نفسِهِ إنْ كانَ كاذبًا في حقِّ المُنْكِرِ، ولهذا جازَ الصُّلْحُ علىٰ الإنكارِ بناءً للجوازِ علىٰ زَعْمِهِ، فالشَّرْعُ أوجبَ اليَمِينَ علىٰ المُنْكِرِ بدلًا عما ادّعاهُ المُدَّعِي فيما ادَّعَىٰ في حقِّه.

ولهذا قالَ النبيُّ ﷺ للمُدَّعِي: «**لَكَ يَمِينُهُ**»[١]، أضافَ اليَمِينَ إلىٰ المُدَّعِي بلامِ التَّمْلِيكِ، فدلَّ أنَّ [١٢/١٠٥ظ/د] اليَمِينَ حقُّ المُدَّعِي مِن حيثُ أنَّهُ بدلُ حقِّه،

---

(١) مضىٰ تخريجه.

. . . .

فكانَ علىٰ القاضي أنْ يعيدَه إلىٰ أصْلِ حقِّهِ؛ كَيْلَا يَبْطُلَ حقُّه عنِ الأصلِ والبدلِ[1] جميعًا». **هذا تقريرُ خُوَاهَر زَادَه** [٦/٧٥ظ/م]، ولأنَّ النُّكُولَ ـ وهو[2] الامتناعُ عنِ اليَمِينِ ـ جُعِلَ بذْلًا علىٰ مذهبِ أبي حَنِيفَةَ، أوْ إقرارًا علىٰ مذهبِ صاحِبَيْه، فلولا ذلك حَلَفَ المُدَّعَىٰ عليْهِ عمَلًا بالواجبِ عليه، وحيثُ لَمْ يُقْدِمْ علىٰ اليَمِينِ؛ دلَّ أنَّهُ بذَلَ الحقَّ، أوْ أقَرَّ، فإذا بذَلَ أوْ أقَرَّ؛ وجَبَ علىٰ القاضي الحُكْمُ بذلك، فكذلك إذا نَكَلَ.

وَلَا يُقَالُ: كيف يُعْتَبَرُ النُّكُولُ إقرارًا، وتكرارُ النُّكُولِ شرْطٌ دونَ الإِقْرَارِ؟

لِأَنَّا نَقُولُ: لَا يُعْتَبرُ التكرارُ شرطًا في النُّكُولِ علىٰ ما ذكَر محمدٌ في «**الأصلِ**».

[٢/٣٣٣ظ] **وَلَئِنْ سَلَّمْنَا أنَّ التكرارَ شرْطٌ ـ علىٰ ما ذكرَه الخَصَّافُ**[3] **ـ فنقولُ**: لَا يمْتَنِعُ أنْ يُعْتَبَرَ التكرارُ في النُّكُولِ دونَ الإقْرَارِ معَ تساوِيهما في الِاسْتِحْقَاقِ، كَالبَيِّنَةِ معَ الإِقْرَارِ.

وَلَا يُقَالُ: يُقْبَل الرُّجُوعُ عنِ النُّكُولِ دون الإِقْرَارِ.

لِأَنَّا نَقُولُ: يُقْبَل الرُّجُوعُ عنِ الإِقْرَارِ أيضًا في الحُدُودِ الواجبةِ حقًّا للهِ تعالىٰ، فإنَّهُ إذا أقَرَّ ثُمَّ رَجَعَ؛ يُقْبَلُ، بخلافِ الإِقْرَارِ بحدِّ القذفِ والقِصَاصِ، فإنَّ الرُّجُوعَ عنْهُ لَا يَصِحُّ؛ لتَعَلُّقِ حقِّ العبدِ.

وقالَ في «إشاراتِ الأسرارِ»: «وإنَّما نَقُولُ: حقُّ منْعِ المالِ مَضْمُونٌ باليمينِ، فإن الشَّرْعَ ما ترَكَهُ ومجرَّدَ إنكارِه، بلْ وَجَّهَ عليْهِ اليَمِينَ، وأطلقَ لهُ المنْعَ بهذا [١٢/١٠٦و/د] الضَّمَانِ.

(١) وقع بالأصل: «والبذل». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».
(٢) وقع بالأصل: «هو». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».
(٣) ينظر: «أدب القاضي/ مع شرح الصدر الشهيد» للخَصَّاف [٢/٢٦٣].

. . . .

وإنما قَيَّدَه بهذا الضَّمَانِ؛ لأنَّ إحياءَ الحُقُوق واجبٌ بقَدْر الوسعِ والإمكانِ، وكما لَمْ يَظْهَرِ الصدقُ مِنْ كلامِ المدَّعِي في حقِّ القاضي، لم يَظْهَرِ الصدقُ مِنْ كلامِ المُدَّعَىٰ عليهِ، واليدُ التي لَهُ علىٰ المحلِّ محتملةٌ، فمتىٰ تُرِكَ ومجرّدَ إنكارِه؛ ضاعَ جانبُ المُدَّعِي.

فالشَّرْعُ جعَلَ للمُدَّعَىٰ عليْهِ حقَّ المنعِ، وجعلَ لذلك ضمانًا وهيَ اليَمِينُ، فيَصِيرُ اليَمِينُ في جانبِ المُدَّعِي سببًا لإهلاكِ نفْسِ المُدَّعَىٰ عليه، كما هوَ أهلكَ علىٰ المُدَّعِي مالَه[1]، وفي زَعْم المُدَّعَىٰ عليْهِ أنَّ اليَمِينَ: ذِكْرُ اسمِ اللهِ تعالىٰ علىٰ سبيلِ التعظيمِ، وما في هذا ضرَرٌ في جانبِه، فإنَّا تحَمَّلْنا في جانبِه أكثرَ مِن هذا، وهوَ إحضارُه مجلسَ الحُكْم، وتكليفُه الجوابَ، فكذا تكليفُه اليَمِينَ، فإنْ كانَ فيهِ صادقًا علىٰ ما عليْهِ زَعْمُه؛ فلَا ضررَ عليه.

ومِن زعْمِ المُدَّعِي: أنَّهُ أهلكَ نفسَه بهذه اليَمِينِ الكاذبةِ، فجُعِلَ المنعُ مَضْمُونًا باليمينِ ـ مِن هذا الوجهِ ـ طريقًا إلىٰ إحياءِ الحقِّ بقَدْرِ الوسعِ، وهذا لأنَّ الخُصُومَةَ نشأَتْ مِنْ مَنْعِ المالِ، ألا ترىٰ أنَّهُ لوْ قالَ: لَا أمنعُكَ؛ انقطعَتِ الخُصُومَةُ، فجعَلْنا اليَمِينَ ضَمَانَ المنعِ الذي هوَ أصْلُ الخُصُومَةِ، فإذا لَمْ يحْلِفْ، ولَمْ يَبْقَ لهُ حقُّ المنعِ؛ أخَذَه المُدَّعِي، وليسَ لهُ مانعٌ.

فعلَىٰ هذا التقريرِ: تسْقُطُ جميعُ كلماتِ الخَصْمِ.

[١٢/١٠٦ظ/د] **ثُمَّ وجْهُ قولِ أبي يوسفَ** [٦/٧٦و/م] **ومحمدٍ ـ في أنَّ النُّكُولَ في معنىٰ الإقْرَارِ ـ: أنَّ إنكارَه بعدَ النُّكُولِ غيرُ مُعْتَبرٍ، فيَصِيرُ مُقِرًّا ضَرُورَةً، ولهذا**[2] **اعْتُبِرَ النُّكُولُ ممنْ لَا يَصِحُّ منه البذْلُ، وهوَ المُكَاتَبُ، والعبدُ المَأْذُونُ، والصَّبِيُّ**

(١) اليمينُ الفاجرة: تدَعُ الديارَ بَلاقِع. كذا جاء في حاشية: «تح»، و«م».

(٢) وقع بالأصل: «لهذا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

. . . .

غاية البيان

المَأْذُونُ، وجرَىٰ في الدُّيُونِ، والبذْلُ في الدُّيُونِ لَا يَصِحُّ، فَعُلِمَ: أَنَّهُ بَدَلٌ عنِ الإِقْرَارِ.

ووجْه قولِ أبي حَنِيفَةَ رحمه الله: أنَّ حقَّ المنعِ مَضْمُونٌ باليمينِ كما مَرَّ، ومتىٰ لَمْ يأتِ بِالضَّمَان؛ فقد أبطلَ حقَّه في المنعِ، وصارَ تقديرُه: لَا حقَّ لكَ فيما تَدَّعِي، لكنِّي لَا أمنعُك مِن ذلكَ؛ لأنِّي لَا آتِي بما هوَ ضمانُه في الشَّرْعِ، فَيَكُونُ النُّكُولُ بذْلًا.

فأمَّا لَا[1] **حاجةَ إلىٰ جَعْلِه مُقِرًّا ورَفْع إنكارِه:** لأنَّ الخُصُومَةَ نشأَتْ مِنَ المنعِ حقيقةً؛ بدليلِ ما بَيَّنَّا.

ولأنَّا لوْ أنزلناهُ مُقِرًّا؛ فقدْ كذَّبْناهُ فيما سبقَ منه مِنَ الإنكار، ومتىٰ جعلْناه باذلًا؛ أمْكَنَ أنْ يُجْعَلَ مُصِرًّا علىٰ إنكارِه، باذلًا لِمَا يَدَّعِيه؛ دفعًا للخُصُومَةِ، فلَا يَثْبُتُ هنا شيءٌ زائدٌ، وهوَ تكذيبُه وإنزالُه مُنْكِرًا، فلَا حاجةَ إليه.

وقولُهما: يَصِحُّ مِن المُكَاتَبِ والعبدِ المَأْذُونِ وغيرِهما.

قلْنا: هذا بَذْلٌ لدفعِ الخُصُومَةِ، فيَمْلِكهُ باعتبارِ ما فيهِ مِنْ دَفْعِ الخُصُومَةِ، وإنْ كانَ لَا يَمْلِكُهُ بانفرادِهِ، كالإعارةِ اليسيرةِ وغيرِها مِنَ الضِّيَافَةِ يَمْلِكها؛ [١٢/١٠٧و/د] لأنَّها مِنْ توابعِ التِّجَارَةِ.

وأمَّا الدَّيْنُ: فالبذْلُ لَا يَجْرِي فيهِ ابتداءً، إذا كانَ لَا يتعلَّقُ بهِ حقُّ أحدٍ، وهاهنا

---

(١) كذا وقع في النُّسَخ، وفي العبارة اختلال! ويصح تخريجُها وتستقيم بزيادة: «الذي» قبل: «لا»، فتصير: «فأمَّا [الذي] لَا حاجة إلىٰ جَعْله مُقِرًّا... إلخ». لكنْ حذْفُ الموصول الإسْمِي مع بقاء صِلَته: هو مذهبُ الكوفيين، والبغداديين، وانتصر له ابنُ مالك بإطلاقٍ في بعض كُتُبه، وقيَّد ذلك في مكانٍ آخر. ينظر: «شَوَاهِد التَّوضيح» لابن مالك [ص/١٣٤ - ١٣٥]، و«ارتشاف الضرَب» لأبي حيان [١٠٤٥/٢]، و«مغني اللبيب» لابن هشام [ص/٨١٥].

ويبقىٰ بعد ذلك في العبارة: حذْفُ الفاء مِن جواب: «أمَّا»؛ لكون المشهور وجوب رَبْطِ الجواب بها؛ فيصير الكلام: «فلأنّ الخُصُومَة...». لكنْ حذْفُ الفاء مِن الجواب صحيح في اللسان العربي علىٰ التوسعة دون تَضْيِيق، وقد مضىٰ التنبيهُ عليه.

. . . .

قدْ تعَلَّقَ بهِ حقُّ المُدَّعِي، وفي زَعْمِه أنَّهُ ليسَ ببذْلٍ، وإنَّما هوَ إيفاءُ حقٍّ، والجملةُ: أنَّ بذْلَ الدَّيْن في الذِّمَّةِ ابتداءً لَا يَصِحُّ.

أمَّا إذا جُعِلَ في الشَّرْعِ عليْهِ ضَمَانٌ، وامتنَعَ عنْ إيفاءِ الضَّمَانِ ببَذْلِ شيءٍ؛ فهذا صحيحٌ، فيُخَرَّجُ [٣٣٤/٢و] القَضَاءُ بِالنُّكُولِ في الأشياءِ الستَّةِ: وهيَ النِّكَاحُ، والفَيْءُ في الْإِيلَاءِ، والرَّجْعَةُ، والرِّقُّ، والْوَلَاءُ، والنَّسَبُ على الأصليْنِ؛ لأنَّ النُّكُولَ بَذْلٌ عندَ أبي حَنِيفَةَ، والبذلُ لَا يَجْرِي في هذه الأشياءِ.

وعندَهما: بَدَلٌ عنِ الإقْرَارِ، والقَضَاءُ في الأشياءِ الستّةِ بسائرِ الأبدالِ جائزٌ، كَالشَّهَادَةِ على الشَّهَادَةِ، وكتابِ القاضي إلى القاضي، فكذا بِالنُّكُولِ الذي هوَ بَدَلٌ عنِ الإقْرَارِ.

ويَبتَنِي على هذا: القَضَاءُ بالنُّكُول في الطرفِ. **فعندهما**: لَا يُقْضَى بهِ؛ لأنَّ النُّكُولَ بَدَلٌ عنِ الإقْرَار، وفيه شُبْهَةٌ، والقِصَاصُ في الطرفِ يمْتَنِعُ بالشبهةِ، كما في النفسِ، إلَّا أنَّهُ يجبُ المالُ لتعذُّر اسْتِيفَاءِ القِصَاصِ لمعنًى في جانبِ مَنْ عليْهِ، كما لوِ ادَّعَى العمدَ فأقرَّ بالخطأِ.

وعندَ أبي حَنِيفَةَ: يُقْضَى بِالنُّكُول في الطرفِ؛ لأنَّ البذْلَ يَجْرِي في الأطرافِ؛ لأنَّهُ يُسْلَكُ بها مسْلكَ الأموالِ، بخلافِ النفسِ، ألَا ترى أنَّ استيفاءَه [٦/٧٦ظ/م] بالبذْلِ كاستيفائِه بحقٍّ في حقِّ سقوطِ القِصَاصِ والضَّمَانِ متى أَذِنَ [١٢/١٠٧ظ/د] رَجُلٌ رَجُلًا في قَطْعِ يدِه، وإذا صحَّ بذْلُه؛ كانَ استيفاؤُه بِالنُّكُولِ كالأموالِ.

والجوابُ عن تعَلُّقِ الخَصْمِ بالآيةِ والحديثِ قلْنا: زِدْنا النُّكُولَ على كتابِ اللهِ تعالى بإجماعِ الصحابةِ، وأنَّهُ جائزٌ عندنا. كذا قالَ خُوَاهَر زَادَه في «**مبسوطِهِ**».

والجوابُ عن قياسِ الحبْس في **النُّكُولِ عن اليَمِينِ - في دعوى المالِ على**

وَالتَّرَفُّعَ عَنِ الصَّادِقَةِ، وَاشْتِبَاهُ الْحَالِ فَلَا يَنْتَصِبُ حُجَّةً مَعَ الِاحْتِمَالِ، وَيَمِينُ الْمُدَّعِي دَلِيلُ الظُّهُورِ فَيُصَارُ إِلَيْهِ.

غاية البيان

الحبسِ في دعوى القِصَاصِ إذا نَكَلَ المُدَّعَى عليْهِ، وعلى حَبْسِ المرأةِ إذا امتنعَتْ عن اللِّعَان ـ فنَقُولُ: إنَّ إيفاءَ حقِّ المُدَّعِي بالحبسِ غيرُ مُمْكِنٍ للقاضي؛ لأنَّ الحبسَ إنْ وجَبَ مِن حيثُ إنَّ اليَمِينَ بذَلُ حقِّ المُدَّعِي، وهوَ قادرٌ على إيفائِه؛ لَمْ يَجِبِ الحبسُ مِنْ حيثُ إنَّ اليَمِينَ حقُّ المُنْكِرِ مِنْ حيثُ إنَّهُ يدْفَعُ دعوى المُدَّعِي عنْ نفسِه، ولا يُحْبَسُ الإنسانُ متى امتنَع مِن اسْتِيفَاءِ حقِّهِ.

وإذا وجَبَ الحبسُ بأحدِ الوجهَيْنِ؛ لَمْ يَجِبْ باعتبارِ الآخرِ، فلَا يَجِبُ الحبسُ بالشكِّ، فإذا لَمْ يجبِ الحبسُ؛ صارَ القاضي عاجزًا عنْ إيفاءِ حقِّ المُدَّعِي في البدَلِ، وقَدَر على إيفاء حقِّهِ في الأصلِ؛ لأنَّ النُّكُولَ في حقِّ المُدَّعِي منعٌ ببدَلِ حقِّهِ، وأنَّهُ مُطْلَقٌ للقَضَاءِ بأصْلِ الحقِّ.

وفي حقِّ المُنْكِرِ: النُّكُولُ بَذْلٌ مِن جهتِهِ، أوْ بَدَلٌ مِنَ الإِقْرَارِ، والبذْلُ والإِقْرَارُ مُطْلَقٌ للقَضَاءِ بأصْلِ الحقِّ، فوَجَبَ القَضَاءُ بأصْلِ الحقِّ، بخلافِ القِصَاصِ؛ لأنَّ [١٢/١٠٨و/د] الشكَّ كما تمَكَّنَ في الحبْسِ تمَكَّنَ في القَضَاءِ؛ لأنَّ القَضَاءَ بالقصاصِ إنْ جازَ مِن حيثُ إن النُّكُولَ منعٌ لبَدَلِ الحقِّ في حقِّ المُدَّعِي؛ لَمْ يَجُز مِن حيثُ إنَّهُ بذْلٌ أوْ بَدَلٌ عنِ الإِقْرَارِ في حقِّ المُنْكِرِ، وإذا تمَكَّنَ الشكُّ في كُلِّ واحدٍ منهما ـ ولا بُدَّ مِنَ القَضَاءِ بأحدِهما حتى لَا يَبْطُلَ حقُّ المُدَّعِي أصلًا ـ كانَ إيجابُ الحبسِ ـ وأنَّهُ أخفُّ العقوبتَيْنِ مع الشكِّ ـ أَوْلَى مِنْ إيجابِ القِصَاصِ وحَدِّ الزِّنَا.

قولُه: (وَالتَّرَفُّعَ عَنِ الصَّادِقَةِ)، أي: عنِ اليَمِينِ الصادقةِ، ورُوِيَ عن عُثْمَان رضي الله عنه: «أنه نَكَلَ عَنِ اليَمِين، وَقَالَ: أَخَافُ أَنْ يُوَافِقَهَا قَضَاءٌ وَيُقَال: عُثْمَانُ حَلَفَ كَاذِبًا»[1]. كذا ذَكَر خُوَاهَر زَادَه في «مبسوطِهِ».

(١) لَمْ نظْفَر به مسندًا.

وَلَنَا: أَنَّ النُّكُولَ دَلَّ عَلَىٰ كَوْنِهِ بَاذِلًا أَوْ مُقِرًّا، إِذْ لَوْلَا ذَلِكَ لَأَقْدَمَ عَلَىٰ الْيَمِينِ إِقَامَةً لِلْوَاجِبِ وَدَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْ نَفْسِهِ **فَتَرَجَّحَ هَذَا الْجَانِبُ، وَلَا وَجْهَ لِرَدِّ الْيَمِينِ** عَلَىٰ الْمُدَّعِي؛ **لِمَا قَدَّمْنَا**.

قَالَ: وَيَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ يَقُولَ لَهُ: إِنِّي أَعْرِضُ عَلَيْكَ الْيَمِينَ ثَلَاثًا، فَإِنْ حَلَفْتَ، وَإِلَّا قَضَيْتُ عَلَيْكَ بِمَا ادَّعَاهُ ....

غاية البيان

قوله: (**فَتَرَجَّحَ هَذَا الْجَانِبُ**)، أي: ترجَّح جانبُ كونِ الناكِلِ باذِلًا، أوْ مُقِرًّا على الوجهِ المحْتملِ، وهوَ كونُه متورِّعًا، أوْ نحوَ ذلك؛ لأنَّ النُّكُولَ امتناعٌ عنِ اليَمِين التي وجَبَتْ عليْهِ، فلولا أنَّ اليَمِينَ بَذْلٌ، أوْ إِقْرَارٌ؛ لكانَ النُّكُولُ امتناعًا عنِ الواجبِ، وظُلْمًا على المُدَّعِي، والعاقلُ الدَّيِّنُ [الذي][1] لَا يتركُ الواجبَ، ولا يُقْدِمُ على الظلم.

والحاصلُ: أن النُّكُولَ إنْ كانَ [٦/٧٧و/م] امتناعًا عن اليَمِينِ الكاذبةِ؛ يَكُونُ إقرارًا [٢/٣٣٤ظ]، وإنْ كانَ امتناعًا عنِ اليَمِينِ الصادقةِ؛ يَكُونُ بذْلًا، ولَا يَجوزُ أنْ يَكُونَ الامتناعُ عنِ اليَمِينِ لِلتَّرَوِّي؛ لاشتباهِ الحالِ؛ إذْ لوْ كانَ كذلكَ؛ لاسْتَمْهَلَ مِن القاضي لينكشِفَ الحالُ.

قولُه: (**وَلَا وَجْهَ لِرَدِّ الْيَمِينِ؛ لِمَا قَدَّمْنَا**)، **إِشَارَة إلى** قولِه [١٢/١٠٧ظ/د] عليه السلام: «**الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ**»[2].

بيانُه: أَنَّ النَّبِيَّ عليه السلام جعلَ جنسَ اليَمِين على المُنْكِرِ؛ لعدمِ العهدِ، فمَنْ قالَ بردِّها على المُدَّعِي؛ كانَ ذلكَ منهُ رَدًّا لحُكْمِ الحديثِ، وهوَ فَاسِدٌ.

قولُه: (**قَالَ: وَيَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ يَقُولَ لَهُ: إِنِّي أَعْرِضُ عَلَيْك الْيَمِينَ ثَلَاثًا، فَإِنْ حَلَفْتَ، وَإِلَّا قَضَيْتُ عَلَيْك بِمَا ادَّعَاهُ**)، أي: قالَ **القُدُورِيُّ في «مختصرِه»**،

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «غ».

(٢) مضى تخريجه.

وَهَذَا الْإِنْذَارُ لِإِعْلَامِهِ بِالْحُكْمِ إِذْ هُوَ مَوْضِعُ الْخَفَاءِ.

وتمامُه فيهِ: «فإذا كرَّرَ العرْضَ عليْهِ ثلاثَ مراتٍ؛ قضَىٰ عليْهِ بِالنُّكُولِ»[١].

اعلمْ: أنَّ التكرارَ في النُّكُولِ ليسَ بشَرْطٍ علىٰ ما ذكرَه في «**الأصلِ**»، بلْ إذا قضىٰ بِالنُّكُولِ مرةً جازَ، وإنَّما ذكرَهُ الخَصَّافُ لزيادةِ الاحتياطِ[٢].

قالَ القُدُورِيُّ في «**شرحِ كتابِ الاستحلافِ**» لأبي خازِمٍ[٣] القاضي: «وذكَر الخَصَّافُ: أنَّ الاِسْتِحْقَاقَ يتعَلَّقُ بِالنُّكُولِ ثلاثَ مراتٍ، فإنِ امتنَع ثلاثًا؛ قضَىٰ عليْهِ بِالنُّكُولِ».

ثُمَّ قالَ القُدُورِيُّ فيه: «فإنْ كانَ المذهبُ علىٰ إطلاقِ الأصلِ؛ فالوجهُ فيه: أنَّ النُّكُولَ قائمٌ مقامَ البذْلِ، فلَا يُعْتَبر فيهِ التكرارُ، كما لَا يُعْتَبرُ في الهِبَةِ، وعلىٰ قولِهما: هوَ قائمٌ مقامَ الإِقْرَارِ في الأموالِ، لَا يُعْتَبَرُ فيهِ التكرارُ، وإنْ كانَ المذهبُ ما حكاه الخَصَّافُ؛ فوجْهُهُ: أنَّ النُّكُولَ أضعَفُ مِن البذلِ؛ لأنَّهُ ليسَ بصريحِ [١٢/١٠٩و/د] بذْلٍ، فجازَ أنْ يقْوَىٰ بالتكرارِ.

ولأنَّ الناكِلَ قدْ يَنْكُلُ وهوَ لَا يَعْلَمُ ما يَلْزَمُهُ بِالنُّكُولِ؛ فوَجَبَ أنْ يُكرِّرَ القاضي عرْضَ اليَمِينِ، ولهذا قالُوا: إنَّ القاضيَ يَقُولُ لهُ في كلِّ مرَّةٍ: إنْ لَمْ تحْلِفْ قضيْتُ عليكَ؛ لأنَّهُ لَا يَعْلَمُ ما يَلْزَمُهُ بِالنُّكُولِ، فوَجَبَ أنْ يُعرِّفَهُ حتىٰ يحْلِفَ أوْ يَنْكُلَ وهوَ يَعْلَمُ حُكْمَ النُّكُولِ، فإذا حَصَلَ النُّكُولُ؛ لَمْ يتعَلَّق بهِ الاِسْتِحْقَاقُ إلَّا بمَعْنًىٰ ينضَمُّ إليهِ؛ لأنَّهُ مختلَفٌ في تعَلّق الحُكْمِ بهِ، فاعْتُبِر حُكْمُ الحاكمِ ليزولَ الخلافُ».

قولُه: (**إِذْ هوَ مَوْضِعُ الْخَفَاءِ**)، أي: الحُكْمُ بِالنُّكُول موضعُ الخفاء؛ لأنَّهُ

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢١٤].

(٢) ينظر: «أدب القاضي/ مع شرح الصدر الشهيد» للخَصَّاف [٢/٢٦٣].

(٣) وقع بالأصل: «حازم». والمثبت من: «تح». وهو أبو خازم - بالخاء والزاي المعجمَتَيْن - القاضي السَّكُونيّ البَصْريُّ ثمّ البَغْداديّ الحنفيّ الفقيه. وقد تقدم التعريف بذلك.

قَالَ: فَإِذَا كَرَّرَ الْعَرْضَ عَلَيْهِ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ قُضِيَ عَلَيْهِ بِالنُّكُولِ وَهَذَا التَّكْرَارُ ذَكَرَهُ الْخَصَّافُ لِزِيَادَةِ الِاحْتِيَاطِ وَالْمُبَالَغَةِ فِي إِبْلَاءِ الْعُذْرِ، فَأَمَّا الْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَوْ قُضِيَ بِالنُّكُولِ بَعْدَ الْعَرْضِ مَرَّةً جَازَ لِمَا قَدَّمْنَا هُوَ الصَّحِيحُ، وَالْأَوَّلُ أَوْلَىٰ، ثُمَّ النُّكُولُ قَدْ يَكُونُ حَقِيقِيًّا كَقَوْلِهِ: لَا أَحْلِفُ، وَقَدْ يَكُونُ حُكْمِيًّا بِأَنْ يَسْكُتَ، وَحُكْمُهُ حُكْمُ الْأَوَّلِ إِذَا عَلِمَ [٦٩/و] أَنَّهُ لَا آفَةَ بِهِ مِنْ خَرَسٍ أَوْ طَرَشٍ هوَ الصَّحِيحُ.

قَالَ: وَإِنْ كانَتِ الدَّعْوَىٰ نِكَاحًا؛ لَمْ يُسْتَحْلَفِ الْمُنْكِرُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ،

غاية البيان

مُجْتَهَدٌ فيه.

قولُه: (لِمَا قَدَّمْنَا)، إِشَارَةٌ إلىٰ ما ذكرَ: أنَّ النُّكُولَ دَلَّ علىٰ كونِه باذِلًا أوْ مُقِرًّا.

قولُه: (هُوَ الصَّحِيحُ)، احترازٌ عن قولِ الخَصَّاف، فإنه يَشْتَرِطُ التكرارَ.

قولُه: (وَالْأَوَّلُ أَوْلَىٰ)، أي: ما ذكرَه الخَصَّافُ أَوْلَىٰ، كما في المُرْتَدِّ أنَّهُ يُمْهَلُ ثلاثةَ أيامٍ، وهوَ أَوْلَىٰ، فإنْ قَبِلَ بلَا إمهالٍ جازَ.

قولُه: (مِنْ خَرَسٍ أَوْ طَرَشٍ [٦/٧٧ظ/م] هوَ الصَّحِيحُ).

اعلمْ: أنَّ الرواياتِ اختلفَتْ فيما إذا سَكَتَ المُدَّعَىٰ [١٢/١٠٩ظ/د] عليْهِ بعدَ عَرْضِ اليَمِينِ عليْهِ، ولَمْ يَقُلْ: لَا أَحْلِفُ، فقالَ بعضُ أصحابِنا: إذا سَكَتَ سألَ القاضي عنه: هلْ بهِ خرَسٌ أوْ طَرَشٌ؟ فإنْ قالُوا: لَا، جعَلَه ناكِلًا، وقضَىٰ عليه. ومنهم مَن قالَ: يُحْبَسُ حتىٰ يُجِيبَ، والأولُ هوَ الصحيحُ. كذا في «شرحِ الأقطعِ».

والخَرَسُ: آفةٌ باللسان تمنعُ الكلامَ أصلًا، ويُقَالُ: طَرِشَ يَطْرَش طَرَشًا، مِن بابِ عَلِمَ، أي: صارَ أُطْرُوشًا، وهوَ الأَصَمُّ.

قولُه: (قَالَ: وَإِنْ كانَتِ الدَّعْوَىٰ نِكَاحًا؛ لَمْ يُسْتَحْلَفِ الْمُنْكِرُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ.

وَلَا يُسْتَحْلَفُ عِنْدَهُ فِي النِّكَاحِ، وَالرَّجْعَةِ، وَالْفَيْءِ فِي الْإِيلَاءِ، وَالرِّقِّ، وَالِاسْتِيلَادِ، وَالنَّسَبِ، وَالْوَلَاءِ، وَالْحُدُودِ، وَاللِّعَانِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: يُسْتَحْلَفُ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ إِلَّا فِي الْحُدُودِ وَاللِّعَانِ.

غاية البيان

وَلَا يُسْتَحْلَفُ عِنْدَهُ فِي النِّكَاحِ، وَالرَّجْعَةِ، وَالْفَيْءِ فِي الْإِيلَاءِ، وَالرِّقِّ، وَالِاسْتِيلَادِ، وَالنَّسَبِ، وَالْوَلَاءِ، وَالْحُدُودِ، وَاللِّعَانِ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: يُسْتَحْلَفُ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ إِلَّا فِي الْحُدُودِ وَاللِّعَانِ)[1]، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «**مختصرِهِ**»[2]، إلَّا أَنَّهُ لَمْ يَذْكُرِ اللِّعَانَ، وقد ذكرَه محمدٌ في «**الجامعِ الصغيرِ**»[3] في كتابِ القَضَاءِ.

وقالَ الإمامُ علاءُ الدِّين العالمُ في «**طريقةِ** [٢/٣٣٥و] **الخلافِ**»: «الاستحلافُ لَا يَجْرِي في الأشياءِ الثلاثةِ، وهي النِّكَاحُ ـ ويندرج تحته: الرَّجْعَةُ، والفَيْءُ في الْإِيلَاءِ؛ لأنهما دعوى النِّكَاح في الحقيقة ـ والرِّقُّ ـ ويندَرِج تحته الْوَلَاءُ؛ لأَنَّهُ مِن أحكامِ الرِّقِّ ـ والنَّسَبُ ـ ويندَرِجُ تحتَهُ أُمُوميّةُ الولدِ؛ لأنها مِن [١٢/١١٠و/د] آثار النَّسَبِ ـ وقال أبو يوسفَ ومحمدٌ: تَجْرِي»[4].

وقالَ القُدُورِيُّ في كتابِ «التقريبِ»: «واتفقُوا على أَنَّهُ لَا يُسْتَحْلَفُ في الحُدُودِ».

---

(١) والفتوى على قولهما كما نقله في «التصحيح» عن قاضيخان و«الفتاوى الكبرى» و«التتمة» و«الخلاصة» و«مختارات النوازل» والزوزني في «شرح المفظومة» وفخر الإسلام عن البزدوي والنسفي في «الكنز» والزيلعي في «شرحه»، ثم قال: واختار المتأخرون من مشايخنا أن القاضي ينظر في حال المدعى عليه: فإن رآه متعنتاً يحلفه آخذاً بقولهما، وإن رآه مظلومًا لا يحلفه آخذاً بقول الإمام، وهو نظير ما اختاره شمس الأئمة في التوكيل بالخصومة من غير رضاء الخصم. ينظر: «بدائع الصنائع» [٦/٢٢٧]، «تبيين الحقائق» [٤/٢٩٦]، «خلاصة الفتاوى» [٢/٤٣] طبعة باكستان، «الفتاوى الخانية» [٢/٤١٠]، «التصحيح» [ص٢٨]، «اللباب» [٤/٣١].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢١٤ ـ ٢١٥].

(٣) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٣٨٨].

(٤) ينظر: «طريقة الخلاف» للعلاء السمرقندي [ص/٣٩٥].

وَصُورَةُ الِاسْتِيلَادِ: أَنْ تَقُولَ الْجَارِيَةُ أَنَا أُمُّ وَلَدٍ لِمَوْلَايَ، وَهَذَا ابْنِي مِنْهُ

وقالَ القُدُورِيُّ أيضًا في «شرْحِ كتابِ الاستحلافِ»: «قال أبو حَنِيفَةَ ﵀: إذا تعلَّق بهذه الأشياء اسْتِحْقَاقُ مالٍ؛ استحلفَ القاضي في المالِ، وإنْ كانَ لَا يَسْتَحْلِفُ في سببِه، كالمرأةِ إذا ادَّعَتِ النِّكَاحَ والمهرَ، والرَّجُلُ إذا ادَّعَىٰ النَّسَبَ والنفقةَ، وذلكَ لأنَّ المالَ المُدَّعَىٰ بهذِهِ الأسبابِ يَصِحُّ بذْلُهُ، وَيَجُوزُ ثبوتُه منفردًا عنها، فجازَ الاستحلافُ فيه، وإنْ لَمْ يُسْتَحْلَفْ في سببِهِ».

صُوَر المسائلِ:

ادَّعَىٰ رَجُلٌ علىٰ امرأةٍ نكاحًا، أوْ هيَ عليه، فأنكَر الآخرُ.

ادَّعَتِ المرأةُ عليْهِ بعدَ انقضاءِ العِدَّة، أوْ هوَ عليها، أنَّهُ راجَعَها في العِدَّة، وأنكَر الآخرُ.

ادَّعَتِ المرأةُ عليه، أوْ هوَ عليها ـ بعدَ انقضاءِ مدةِ الْإِيلَاء ـ أنَّهُ فاءَ إليها في المُدَّةِ، وأنكَر الآخرُ.

ادَّعَىٰ علىٰ مَجْهُولٍ أنَّهُ عبدُه، أوْ علىٰ العكسِ، وأنكَر الآخرُ.

ادَّعَىٰ عليْهِ أنَّهُ مُعْتَقُه، ومولاه، أوْ علىٰ العكسِ، وأنكَرَ الآخرُ، وكذا في ولاءِ المُوَالاةِ [٦/٧٨و/م]؛ لأنَّ الْوَلَاءَ يَشْمَلُهما.

ادَّعَىٰ علىٰ مَجْهُولٍ أنَّهُ ولَدُه، أوْ علىٰ العكسِ، وأنكَر الآخرُ.

ادَّعَتِ الجَارِيَةُ أنَّها ولدَتْ منه هذا الولدَ، أوْ ولدًا [١٢/١١٠ظ/د] قد ماتَ، وأنكَر الْمَوْلَىٰ.

وصورةُ دعوىٰ الِاسْتِيلَادِ تأتي مِن جانبٍ واحدٍ؛ لأنَّ الْمَوْلَىٰ إذا ادَّعَىٰ ذلك؛ يَثْبُتُ، ولا يُلْتَفَتُ إلىٰ إنكارِها.

والخلافُ في هذه المسائلِ مَبْنِيٌّ علىٰ أنَّ النُّكُولَ بَذْلٌ أو إِقْرَارٌ، فعندَ أبي حَنِيفَةَ:

وَأَنْكَرَ الْمَوْلَىٰ، لِأَنَّهُ لَوِ ادَّعَىٰ الْمَوْلَىٰ ثَبَتَ الِاسْتِيلَادُ بِإِقْرَارِهِ وَلَا يُلْتَفَتُ إِلَىٰ إِنْكَارِهَا.

هوَ في معنىٰ البَذْلِ، ولَا يَجْرِي البَذْلُ في هذه الأشياءِ، وعندَهما: هوَ بَدْلٌ عنِ الإِقْرَارِ، وتثْبُتُ هذه الأشياءُ بسائرِ الأبدالِ، فكذا بِالنُّكُولِ الذي هوَ بَدَلٌ عنِ الإِقْرَارِ، وقد مَرَّ قبْلَ هذا.

قالَا: إنَّ النُّكُولَ يَصِحُّ ممّنْ لَا يَصِحُّ منهُ البذْلُ، وهوَ الوَكِيلُ، والمَأْذُونُ، والمُكَاتَبُ، فدلَّ علىٰ أنَّهُ ليسَ ببذْلٍ، ولأنَّ البذْلَ لَا يُجْبَر عليْهِ الإنسانُ، فلَمَّا كانَ الحاكمُ يُجْبِر الناكلَ علىٰ المالِ؛ دَلَّ أنَّهُ ليسَ ببذْلٍ.

قال القُدُورِيُّ في كتابِ «التقريبِ»: وهذا ليسَ بصحيحٍ؛ لأنَّا لَمْ نَقُلْ: أنَّهُ بَذْلٌ، وإنما قلْنا: أنَّهُ في معناه، وما في معنىٰ البذْلِ يَصِحُّ مِنَ الوَكِيلِ والعبدِ علىٰ قولِ أبي حَنِيفَةَ، فيمَنْ باعَ ما يُساوِي عشرةً بخمسةٍ، فكذلكَ ما في معنىٰ البذْلِ قد يُجْبِرُ الحاكمُ عليْهِ كالنفقاتِ».

وقالَ أبو حَنِيفَةَ: إن المُدَّعَىٰ عليْهِ مع بَرَاءَةِ ذِمتِه مُخَيَّرٌ بينَ اليَمِينِ؛ ليُسْقِطَ عن نفسِه الدعوىٰ، وبيْنَ أنْ يَنْكُلَ؛ فيُسْتَحَقّ عليْهِ المالُ [١٢/١١١و/د]، فحلَّ محلَّ الواهبِ لَمَّا خُيِّرَ بيْن الهِبَةِ وتَرْكِها مِن غيرِ عِوَضٍ، ومتىٰ خُيِّرَ بينِ تسليمِ المالِ وإسقاطِه، فاختارَ التَّسْلِيمَ؛ فهو باذِلٌ كالواهبِ.

وليسَ كذلكَ المُقِرّ، فإنَّه غيرُ مُخَيَّرٍ في الإِقْرَارِ؛ لأنَّ الدَّيْن إذا كانَ ثابتًا وجَبَ عليْهِ أنْ يُقِرَّ، وإنْ لَمْ يَكُنْ ثابتًا لَمْ يَجِبْ أنْ يُقِرَّ، فلَمَّا كانَ النُّكُولُ بذْلًا، والأموالُ قابلةٌ للبَذْلِ؛ اسْتُحْلِفَ فيها، بخلافِ هذه الأشياءِ، فإنَّها ليسَتْ بقابلةٍ، فلَا يُسْتَحْلَفُ فيها.

والدليلُ عليْهِ: أنَّ مَنِ ادَّعَىٰ علىٰ آخر مالًا في مجلسِ القاضي، فقالَ المُدَّعَىٰ

. . . .

عليه: ليسَ لهُ عَلَيَّ ذلك، ولكنِّي أترُكُ ما ادَّعَىٰ حتىٰ تتخلَّص نفسي مِن خصومتِه، فإنَّ القاضي يُمَكِّنُه مِن ذلكَ.

ولو ادَّعَىٰ علىٰ امرأةٍ نكاحًا، أوْ شيئًا مِنْ هذه الأشياءِ، فقالتِ المرأةُ: ليسَ بيننا نِكَاحٌ، ولكنْ أُسَلِّمُ نفسي حتىٰ أتخَلَّصَ مِن خصومتِه، فالقاضي يَمْنعُه عن ذلكَ، فثَبَتَ أنَّ البذْلَ لَا يَجْرِي في هذه الأشياءِ.

يُوضِّحُه [٢/٣٣٥ظ]: أن المُسْتَوْفِي للوطْءِ معَ البذْلِ، كالمستَوْفي لهُ مِنْ غيرِ البذْلِ فيما يتعَلَّقُ بهِ [٦/٧٨ظ/م] مِنَ الحُكْمِ، وهوَ الحَدُّ، فإذا لَمْ يَصِحَّ بذْلُه، فمتىٰ استحْلَفْناه فنَكَلَ؛ لَمْ يَلْزَمْهُ شيءٌ، فسقَطَ اليَمِينُ عنه بفِعْلِهِ مِنْ غيرِ عِوَضٍ.

وما [١٢/١١١ظ/د] أمْكَنَ المُدَّعَىٰ عليْهِ إسقاطُه عنْ نفسِهِ بفِعْلِهِ؛ لَمْ يَكُنْ حقًّا للمُدَّعِي؛ لعدَمِ الفائدةِ فيهِ، فلهذا لَا يُسْتَحْلَفُ، فتَذَكَّرْ هنا ما مَرَّ في بابِ خِيَارِ العَيْبِ مِنَ الاعتراضِ علىٰ أصولِهِمْ في كَوْنِ النُّكُول بذْلًا عندَ أبي حَنِيفَةَ، وإقرارًا عندهما منقولًا عنِ «**الأجناسِ**»[١].

فَإِنْ قُلْتَ: يَرِدُ علىٰ قولِكم: «لا يُسْتَحْلَفُ عندَ أبي حَنِيفَةَ في الرَّجْعَةِ»: ما ذكرَ في كتابِ الطَّلَاقِ: أنَّ الرَّجُلَ إذا طَلَّقَ امرأتَهُ طلاقًا رجْعِيًّا، ثُمَّ قالَ لها: راجعتُكِ، فإنَّكِ أخبرتِني أمسِ أنَّكِ طعنْتِ في الحَيْضَةِ الثالثةِ، وقالتِ المرأةُ: انقضَتْ عِدَّتي وما أخبرتُكَ بشيءٍ، فإنَّها تُسْتَحْلَفُ، فإذا نكلَتْ؛ يُقْضَىٰ عليها بالنُّكُولِ، وهذا قَضَاءٌ بِالنُّكُولِ في بابِ الرَّجْعَةِ.

قُلْتُ: قالَ الإمامُ علاءُ الدِّين العالمُ في «**طريقتِه**»: «**ذاكَ ليسَ بقضاءِ بِالنُّكُولِ؛ لأنَّ حقَّ الرَّجْعَةِ كانَتْ ثابتةً، وأنَّها باقيةٌ ببقاءِ العِدَّةِ ظاهرًا، فالمرأةُ تَدَّعِي**

---

(١) ينظر: «الأجناس» للناطفي [٢/٢٦٠].

لَهُمَا: أَنَّ النُّكُولَ إِقْرَارٌ؛ لِأَنَّهُ يَدُلُّ عَلَىٰ كَوْنِهِ كَاذِبًا فِي الْإِنْكَارِ عَلَىٰ مَا قَدَّمْنَاهُ[1] فَكَانَ إِقْرَارًا أَوْ بَدَلًا عَنْهُ، وَالْإِقْرَارُ يَجْرِي فِي هَذِهِ الْأَشْيَاءِ لَكِنَّهُ إِقْرَارٌ فِيهِ شُبْهَةٌ، وَالْحُدُودُ تَنْدَرِئُ بِالشُّبُهَاتِ، وَاللِّعَانُ فِي مَعْنَى الْحَدِّ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ بَذْلٌ؛ لِأَنَّ مَعَهُ لَا تَبْقَىٰ الْيَمِينُ وَاجِبَةٌ لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ وَإِنْزَالِهِ بَاذِلًا أَوْلَىٰ؛ كَيْلَا يَصِيرَ كَاذِبًا فِي الْإِنْكَارِ، وَالْبَذْلُ لَا يَجْرِي فِي هَذِهِ الأشياءِ. وَفَائِدَةُ

غاية البيان

بطلانَ الرَّجْعَةِ الواقعةِ حقيقةً بانقضاءِ العِدَّة، فكانتْ مُنْكِرةً، صحَّتِ المراجعةُ مَعْنًى، فالعبرةُ في حقِّ التَّحْلِيفِ: الإنكارُ مَعْنًى، فتُسْتَحْلَفُ، فإذا نكلَتْ لَمْ يَثْبُتِ انقضاءُ العِدَّةِ، فصحَّتِ الرَّجْعَةُ بناءً على بقاءِ العِدَّةِ لَا بِالنُّكُولِ.

أَمَّا في مسألتِنَا: فالمرأةُ مُنْقَضِيةُ العِدَّةِ، فلوْ ثبتَ الرَّجْعَة؛ ثبتَ بِالنُّكُولِ، فظَهَرَ الفرقُ.

قالَ في «مختصرِ الأسرارِ»: «لا يُسْتَحْلَفُ في شيءٍ مِن الحُدُودِ، خلافًا لِلشَّافِعِيِّ في حَدِّ القذفِ».

لنَا: أَنَّهُ حَدٌّ مِن الحُدُودِ، فلَا يُسْتَحْلَفُ فيهِ، كحَدِّ الشُّرْبِ والسَّرِقَةِ.

[١١٢/١٢و/د] **وقالَ القُدُورِيُّ في «شرحِ كتابِ الاستحلافِ»:** «وقدْ قالُوا: أَنَّهُ يُسْتَحْلَفُ في التَّعْزِيرِ؛ لأَنَّهُ في حُكْمِ الأموالِ، ولذلكَ يصحُّ فيهِ العفوُ والإبراءُ».

قولُه: (عَلَىٰ مَا قَدَّمْنَاهُ)، إِشَارَةٌ إلىٰ قولِهِ: **(لَوْلَا ذَلِكَ لَأَقْدَمَ عَلَيْهِ)**.

قولُه: (أَوْ بَدَلًا عَنْهُ)، بفَتْحِ الدَّالِ. أي: خلَفًا عنِ الإِقْرَارِ. يَعْنِي: أَنَّهُ قائمٌ مقامَ الإِقْرَارِ.

قولُه: (وَاللِّعَانُ فِي مَعْنَى الْحَدِّ)، وذلكَ لأنَّه قائمٌ مقامَ حدِّ القذفِ في حقِّ الزوجِ، حتىٰ إنَّ كلَّ قَذْفٍ يُوجِبُ حدَّ القذفِ على الأجنبيِّ إذا قذَفَ الأجنبياتِ؛

(١) زاد بعده في (ط): «إذ لَوْلَا ذَلِكَ لأقدم عَلَىٰ اليمين الصادقة إِقَامَة للواجب».

الِاسْتِحْلَافِ الْقَضَاءُ بِالنُّكُولِ فَلَا يُسْتَحْلَفُ، **إِلَّا أَنَّ هَذَا بَذْلٌ لِدَفْعِ الْخُصُومَةِ، فَيَمْلِكُهُ الْمُكَاتَبُ، وَالْعَبْدُ الْمَأْذُونُ** بِمَنْزِلَةِ الضِّيَافَةِ الْيَسِيرَةِ، **وَصِحَّتُهُ فِي الدَّيْنِ بِنَاءً عَلَىٰ زَعْمِ الْمُدَّعِي** وَهُوَ يَقْبِضُهُ حَقًّا لِنَفْسِهِ، وَالْبَذْلُ مَعْنَاهُ هُنَا تَرْكُ الْمَنْعِ، وَأَمْرُ الْمَالِ هَيِّنٌ.

فذلكَ يُوجِبُ اللِّعَانَ علىٰ الزوجِ، وقائمٌ مقامَ حدِّ الزِّنَا في حقِّ المرأةِ، وقد مَرَّ ذلكَ في اللِّعَانِ.

قولُه: (إِلَّا أَنَّ هَذَا بَذْلٌ لِدَفْعِ الْخُصُومَةِ، فَيَمْلِكُهُ الْمُكَاتَبُ، وَالْعَبْدُ الْمَأْذُونُ)، **جوابُ سُؤَالٍ مُقَدَّرٍ بأنْ يُقَالُ**: لوْ كانَ النُّكُولُ بذْلًا؛ لَمْ يَجُزِ القَضَاءُ بِالنُّكُولِ مِنَ المُكَاتَبِ والعبدِ المَأْذُونِ؛ لأنَّهما لَا يَمْلِكانِ البذْلَ، فقالَ: إِنَّما ملَكَاهُ باعتبارِ ما فيهِ مِنْ دَفْعِ الخُصُومَةِ في حقِّ المُدَّعِي، وإنْ كانا لَا يَمْلِكانِه بانفرادِه كالضِّيافَةِ اليسيرةِ [٦/٧٩و/م] منهما؛ لأنَّها مِنْ توابعِ التِّجَارَةِ، وقدْ [١٢/١١٢ظ/د] مَرَّ بيانُ ذلكَ عندَ قولِهِ: **(وَإِذَا نَكَلَ الْمُدَّعَىٰ عليْهِ عَنِ الْيَمِينِ؛ قُضِيَ عليْهِ بِالنُّكُولِ)**.

قولُه: (وَصِحَّتُهُ فِي الدَّيْنِ بِنَاءً عَلَىٰ زَعْمِ الْمُدَّعِي)... إلىٰ آخِرِه.

جوابُ سُؤَالٍ مُقَدَّرٍ بأنْ يُقَالُ: لوْ كانَ النُّكُولُ بذْلًا؛ لَمْ يصحَّ القَضَاءُ بِالنُّكُولِ في الدَّيْنِ؛ لأنَّ البذلَ لَا يتحَقَّقُ فيهِ؛ لأنَّ الدَّيْنَ وصْفٌ ثابتٌ في الذِّمَّةِ، فقالَ: إِنَّما صحَّ فيهِ بناءً علىٰ زعْمِ المُدَّعِي؛ لأنَّهُ إيفاءُ الحقِّ في حقِّهِ، فصحَّ في الدَّيْنِ والمُشَاعِ، لمعنىٰ إيفاءِ الحقِّ.

وتحقيقُه: أنَّ البذْلَ ترْكُ المنعِ فيما ادَّعاه المُدَّعِي يَجْرِي فيما يُسْتَباح بالإباحةِ كالأموالِ، ولا يَجْرِي فيما لَا يُسْتَباحُ بالإباحةِ، فصحَّ ترْكُ المنعِ في المالِ؛ لأنَّ أمْرَهُ هَيِّنٌ. أي: سهْلٌ؛ لأنَّهُ خُلِقَ في الأصلِ مباحًا مُبْتذلًا لمصالِحِ الناسِ، ولَمْ يصحَّ في الأشياءِ الستةِ [٢/٣٣٦و]؛ لأنَّ أمْرَها ليسَ بِهيِّنٍ.

قَالَ: **وَيُسْتَحْلَفُ السَّارِقُ، فَإِنْ نَكَلَ ضَمِنَ وَلَمْ يُقْطَعْ؛ لِأَنَّ الْمَنُوطَ بِفِعْلِهِ شَيْئَانِ**: الضَّمَانُ وَيَعْمَلُ فِيهِ النُّكُولُ. وَالْقَطْعُ وَلَا يَثْبُتُ بِهِ فَصَارَ كَمَا إِذَا شَهِدَ عَلَيْهَا رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ.

غاية البيان

قولُه: (**وَيُسْتَحْلَفُ السَّارِقُ، فَإِنْ نَكَلَ ضَمِنَ وَلَمْ يُقْطَعْ**)، وهذه مِن مسائلِ «**الجامعِ الصغيرِ**» في كتابِ القَضَاءِ.

وصورتُها فيه: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﷺ قالَ: لَا يَمِينَ في حَدٍّ إلَّا أنَّ رَجُلًا لوِ ادَّعَىٰ علىٰ رَجُلٍ سرقةً؛ استحْلَفَه، فإنْ أَبَىٰ أنْ يَحْلِفَ؛ ضَمَّنْتُه [١١٣/١٢و/د] السَّرِقَةَ»(١).

قالَ القُدُورِيُّ في «شرْحِ كتابِ الاستحلافِ»: «قالَ أبو حَنِيفَةَ: لَا يُسْتَحْلَفُ في شيءٍ مِنَ الحُدُودِ، لَا في الزِّنَا، ولا في السَّرِقَةِ، ولا القذفِ، ولا شُرْبِ الخَمْرِ، ولا السُّكْرِ، إلَّا أنَّهُ إنْ طالَبَ المسروقَ منه بضمانِ المالِ استَحْلَفَه، فإنْ نَكَلَ عنِ اليَمِينِ؛ ضمَّنَه المالَ، ولَمْ يَقْطَعْه، وذلك لأنَّ الدعوىٰ تتضَمَّنُ أمريْنِ: الضَّمَانَ والقَطْعَ، والضَّمَانُ يُسْتَوْفَىٰ بِالنُّكُولِ، فوَجَبَ إثباتُ أحدِهما، وإسقاطُ الآخرِ.

وأصْلُ ذلكَ: ما قالُوا في «شُروحِ الجامعِ الصغيرِ»: إنَّ الاستحلافَ شُرِعَ للنكولِ، والنُّكُولُ إمَّا بَذْلٌ أوْ إِقْرَارٌ فيهِ شُبْهَةٌ، وكلُّ ذلكَ لَا يَصْلُحُ حُجةً في الحُدُودِ، ولأنَّ الاستحلافَ لاستخراجِ الحُقُوقِ علىٰ وجْهِ المبالغةِ، والحُدُودُ يُحْتَالُ لدَرْئِهَا، فلَا يُتَكَلَّفُ لاستخراجِها، فلَا يُشْرَعُ اليَمِينُ فيها إلَّا في السَّرِقَةِ؛ لأنَّ المَقْصُودَ هوَ المالُ، فيُسْتَحْلَفُ فيها، ويُقْضَىٰ بالمالِ عند النُّكُولِ، كما يُقْضَىٰ بها بشَهَادَةِ رَجُلٍ وامرأتيْنِ في المالِ دونَ القطْعِ.

قولُه: (**لِأَنَّ الْمَنُوطَ بِفِعْلِهِ شَيْئَانِ**)، أي: لأنَّ المُعَلَّقَ بفِعْلِ السارقِ شيئانِ:

---

(١) ينظر: «**الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير**» [ص/٣٨٨].

قَالَ: وَإِذَا ادَّعَتِ الْمَرْأَةُ طَلَاقًا قَبْلَ الدُّخُولِ؛ اُسْتُحْلِفَ الزَّوْجُ، فَإِنْ نَكَلَ ضَمِنَ نِصْفَ الْمَهْرِ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا؛ لِأَنَّ الِاسْتِحْلَافَ يَجْرِي فِي الطَّلَاقِ عِنْدَهُمْ لَا سِيَّمَا إِذَا كَانَ الْمَقْصُودُ هُوَ الْمَال، وَكَذَا فِي النِّكَاحِ إِذَا ادَّعَتْ هِيَ الصَّدَاقَ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ دَعْوَىٰ الْمَالِ، ثُمَّ يَثْبُتُ الْمَالُ بِنُكُولِهِ وَلَا يَثْبُتُ النِّكَاح.

وَكَذَا فِي النَّسَبِ إِذَا ادَّعَىٰ حَقًّا، كَالْإِرْثِ وَالْحِجْرِ فِي اللَّقِيطِ، وَالنَّفَقَةِ

غاية البيان

[١٢/١١٣ظ/د] ضَمَانُ المالِ، وقَطْعُ اليدِ.

أَمَّا الضَّمَانُ: فَيَثْبُتُ بِالنُّكُولِ؛ لأنَّهُ يجرِي فيهِ البذْلُ، ويَثْبُتُ بما فيهِ شُبْهَةٌ.

وأمَّا القطعُ: فلَا يَثْبُتُ بالنُّكُولِ؛ لأنَّهُ لَا يجرِي البذلُ في الحَدِّ، ولَا يَثْبُتُ فيما فيهِ شُبْهَةُ الإِقْرَارِ، فصارَ كما إذا شَهِدَ بالسرقةِ [٦/٧٩ظ/م] رَجُلٌ وامرأتانِ، حيثُ يَثْبُتُ المالُ، ولا يَثْبُتُ القطعُ.

قولُه: (وَإِذَا ادَّعَتِ الْمَرْأَةُ طَلَاقًا قَبْلَ الدُّخُولِ؛ اُسْتُحْلِفَ الزَّوْجُ، فَإِنْ نَكَلَ ضَمِنَ نِصْفَ الْمَهْرِ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا)، وهذه مِن مسائل «**الجامع الصغير**»(١)، ذكَرها فيهِ في كتابِ القَضَاءِ؛ وذلكَ لأنَّ المَقْصُودَ مِن هذه الدعوىٰ: هوَ المالُ، و[هوَ](٢) نِصْفُ المهرِ، لَا التزوُّجُ، والاستحلافُ يَجْرِي في المالِ.

قالَ صاحبُ «الهداية»: (وَكَذَا فِي النِّكَاحِ إِذَا ادَّعَتْ هيَ الصَّدَاقَ). يعني: إذا كانَ مع النِّكَاح دعوىٰ المالِ؛ يَجْرِي الاستحلافُ بالاتفاقِ؛ لأنَّ المَقْصُودَ هوَ المالُ، ثُمَّ بِالنُّكُولِ يَثْبُتُ المالُ، ولا يَثْبُتُ النِّكَاحُ؛ لأنَّ البذْلَ يَجْرِي في الأوَّلِ دونَ الثاني.

قولُه: (وَكَذَا فِي النَّسَبِ إذَا ادَّعَىٰ حَقًّا، كَالْإِرْثِ وَالْحِجْرِ فِي اللَّقِيطِ، وَالنَّفَقَةِ

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٣٨٨، ٣٨٩].
(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

وَامْتِنَاعِ الرُّجُوعِ فِي الْهِبَةِ، لِأَنَّ الْمَقْصُودَ هَذِهِ الْحُقُوقِ، وَإِنَّمَا يُسْتَحْلَفُ فِي النَّسَبِ الْمُجَرَّدِ عِنْدَهُمَا إِذَا كانَ يَثْبُتُ بِإِقْرَارِهِ كَالْأَبِ وَالِابْنِ فِي حَقِّ الرَّجُلِ

﴿ غاية البيان ﴾

وَامْتِنَاعِ الرُّجُوعِ فِي الْهِبَةِ)، يَعْنِي: إذا ادَّعَىٰ في النَّسَبِ حقًّا آخرَ سوىٰ النَّسَبِ، كالمسائلِ المذكورةِ؛ يُسْتَحْلَفُ [١٢/١١٤و/د] بالاتفاقِ، وإنْ كانَ لَا يُسْتَحْلَفُ عندَ أبي حَنِيفَةَ في دعوىٰ النَّسَبِ المجرّدِ.

صورةُ دعوىٰ الْإِرْثِ: ما إذا ادَّعَىٰ علىٰ آخرَ أَنَّهُ أَخُوه، ماتَ أبوهما وترَكَ ميراثًا لهما في يدِ المُدَّعَىٰ عليه؛ فإنَّه يُسْتَحْلَفُ بالاتفاقِ، فإنْ حَلَفَ بَرِئَ، وإنْ نَكَلَ يُقْضَىٰ بالمالِ دونَ النَّسَبِ.

وصورةُ دعوىٰ الحَجْرِ في اللقيطِ: ادَّعَتِ امرأةٌ حُرَّةُ الأصْلِ صبيًّا لَا يُعَبِّر عنْ نفسِه في يدِ رَجُلٍ التقَطَه أنَّهُ أخوها، وأنَّها أَوْلَىٰ بحضانتِها، فإنَّهُ يُسْتَحْلَفُ، فإنْ نَكَلَ ثبَتَ لها حقُّ نَقْلِ الصَّبِيِّ إلىٰ حِجْرِها، ولا يَثْبُتُ النَّسَبُ.

وصورةُ دعوىٰ النفقةِ: ادَّعَىٰ زَمِنٌ علىٰ مُوسِرٍ أنَّهُ أَخُوه، وأنَّ نفَقتَه عليه، فأنكَرَ الأُخُوَّةَ؛ يُسْتَحْلَفُ، فإنْ حَلَفَ بَرِئَ، وإنْ نَكَلَ يُقْضَىٰ بالنفقةِ دون النَّسَبِ.

وصورةُ امتناعِ الرُّجُوعِ في الهِبَةِ: ما إذا أرادَ الواهبُ الرُّجُوعَ في الهِبَةِ، فقالَ الموهوبُ له: أنا أخوكَ، فأنكَرَ الواهبُ؛ فإنه يُسْتَحْلَفُ، فإنْ نَكَلَ، ثبَتَ الامتناعُ، ولَمْ تَثْبُتِ الأُخوَّةُ.

[٢/٣٣٦ظ] قولُه: (وَإِنَّمَا يُسْتَحْلَفُ فِي النَّسَبِ الْمُجَرَّدِ عِنْدَهُمَا [١٢/١١٤ظ/د] إِذَا كانَ يَثْبُتُ بِإِقْرَارِهِ)، يعني: يَثْبُتُ الاستحلافُ عندَ أبي يوسفَ في النَّسَبِ المجرّدِ بدونِ دعوىٰ حقٍّ آخرَ، ولكنْ بشَرْطِ أنْ يَثْبُتَ النَّسَبُ بإقرارِ المُقِرّ، أمَّا إذا كانَ بحيثُ لَا يَثْبُتُ النَّسَبُ بإقرارِ المُقِرِّ؛ فلَا يَجْرِي الاستحلافُ في النَّسَبِ المجرّدِ عندهما أيضًا.

....

﴿ غاية البيان ﴾

بيانُه: أنَّ إِقْرَارَ الرَّجُلِ يصحُّ بخمسةٍ: بالوالدَيْنِ، والولدِ، والزوجةِ، والْمَوْلَىٰ؛ لأَنَّهُ إِقْرَارٌ بما يَلْزَمُه، وليسَ فيهِ تحميلُ النَّسَبِ علىٰ الغيرِ، ولا يصحُّ إقرارُه بما سواهم، ويصحُّ إِقْرَارُ المرأةِ بأربعةٍ: بالوالدَيْنِ، والزوجِ، والْمَوْلَىٰ، ولا يصحُّ بالولدِ، ومَن [٦/٨٠و/م] سوىٰ هؤلاءِ؛ لأنَّ فيهِ تحميلَ النَّسَبِ علىٰ الغيرِ، إلَّا إذا صدَّقَ الزوجُ في إقرارِها بالولدِ، أوْ تشْهَدُ بولادةِ الولدِ قابِلةٌ.

قالَ شيخُ الإسلامِ المعروفُ بخُوَاهَر زَادَه في «مبسوطِهِ» - في باب الاستحلافِ في الادِّعاءِ -: «الأصلُ في هذا البابِ: أنَّ المُدَّعَىٰ قِبَله النَّسَب إذا أنكرَ، هل يُسْتَحْلَفُ؟ إنْ كانَ بحيثُ لوْ أقَرَّ بهِ لَا يصحُّ إقرارُه عليْهِ، فإنَّه لَا يُسْتَحْلَفُ عندَهم جميعًا؛ لأنَّ اليَمِينَ لَا [١٢/١١٥و/د] يفيدُ، فإنَّ فائدةَ اليَمِينِ: النُّكُولُ، حتىٰ يُجْعَلَ النُّكُولُ بذْلًا أوْ إقرارًا، فيُقْضَىٰ عليه.

فإذا كانَ لَا يُقْضَىٰ عليْهِ لوْ أقَرَّ؛ فإنه لَا يُسْتَحْلَفُ عندهم جميعًا، وإنْ كانَ المُدَّعَىٰ قِبَله بحيثُ لوْ أقَرَّ به؛ لزمَه ما أقَرَّ به، فإذا أنكَر هل يُسْتَحْلَفُ علىٰ ذلك؟ فالمسألةُ علىٰ الاختلافِ:

عندَ أبي حَنِيفَةَ: لَا يُسْتَحْلَفُ.

وعندَ أبي يوسفَ ومحمدٍ: يُسْتَحْلَفُ، فإنْ حَلَفَ بَرِئَ عنِ الدعوىٰ، وإنْ نَكَلَ عنِ اليَمِين؛ لزمَهُ الدعوىٰ، فعلىٰ هذا الأصل: تُخَرَّجُ مسائلُ البابِ». إلىٰ هنا لَفْظُ خُوَاهَر زَادَه.

وقالَ أيضًا: «ثُمَّ جميعُ ما ذَكَرْنا أنَّهُ لَا يَمِينَ في النَّسَبِ: إذا وقَع الدعوىٰ في مجردِ النَّسَب، فأَمَّا إذا وقَعَ في النَّسَبِ والمِيرَاثِ والنفقةِ، وأنكَرَ المُدَّعَىٰ قِبَلَه؛ فإنَّهُ يُسْتَحْلَفُ عندَ أبي حَنِيفَةَ للمالِ لَا للنَّسبِ، يُسْتَحْلَفُ باللهِ ما لهُ في ذلكَ المالِ

وَالْأَبِ فِي حَقِّ الْمَرْأَةِ، لِأَنَّ فِي دَعْوَاهَا الِابْنَ تَحْمِيلُ النَّسَبِ عَلَى الْغَيْرِ، وَالْمَوْلَى وَالزَّوْجُ فِي حَقِّهِمَا.

قَالَ: وَمَنِ ادَّعَى قِصَاصًا عَلَى غَيْرِهِ [٦٩/ظ] فَجَحَدَ؛ اُسْتُحْلِفَ بِالْإِجْمَاعِ، ثُمَّ [٦/٨٠ظ/م] إنْ نَكَلَ عَنِ الْيَمِينِ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ؛ يَلْزَمُهُ الْقِصَاصُ، وَإِنْ نَكَلَ فِي النَّفْسِ حُبِسَ حَتَّى يَحْلِفَ أَوْ يُقِرَّ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، ....

غاية البيان

الذي يَدَّعِيه حقٌّ.

وعندَهما: يُسْتَحْلَفُ باللهِ للنسبِ والمالِ جميعًا، وهذا لأنَّ الدعوى وقَع في النَّسَبِ والمالِ جميعًا، والمالُ ممَّا يَجْرِي فيهِ الاستحلافُ عندهم جميعًا، فيُسْتَحْلَفُ للمالِ إنْ كانَ لَا يُسْتَحْلَفُ للنسبِ عندَ أبي حَنِيفَةَ.

[١٢/١١٥ظ/د] **وكانَ الجوابُ فيهِ عندَ أبي حَنِيفَةَ**: كالجوابِ في السَّرِقَةِ عندَ الكلِّ، إذا أنكرَ السارقُ، فإنَّهُ يُسْتَحْلَفُ للمالِ باللهِ ما لهُ قِبَلَكَ ضَمَانُ هذا المالِ، وإنْ كانَ لَا يُسْتَحْلَفُ للقطعِ؛ لأنَّ الدعوى وقَعَ في الحَدِّ والمالِ جميعًا، فيُسْتَحْلَفُ للمالِ وإنْ كانَ لَا يُسْتَحْلَفُ للقطعِ، فكذلكَ هذا».

قولُه: (**وَالْأَبِ فِي حَقِّ الْمَرْأَةِ**)، كما إذا ادَّعَتْ أنَّهُ أبوها. وقدْ مَرَّ البيانُ.

قولُه: (**لِأَنَّ فِي دَعْوَاهَا الِابْنَ**)، أي: في ادعائِها الابنَ. يَعْنِي: في إقرارِها بِهِ.

قولُه: (**وَالْمَوْلَى**)، أي: السيِّد.

قولُه: (**فِي حَقِّهِمَا**)، أي: في حقِّ الرَّجُلِ والمرأةِ، وهوَ متعلِّقٌ بقولِه: (**وَالْمَوْلَى وَالزَّوْجِ جَمِيعًا**). لأنَّ إِقْرَارَ الرَّجُلِ والمرأةِ جميعًا بالمولى والزوجِ يصحُّ.

قولُه: (**قَالَ: وَمَنِ ادَّعَى قِصَاصًا عَلَى غَيْرِهِ فَجَحَدَ؛ اُسْتُحْلِفَ بِالْإِجْمَاعِ، ثُمَّ** [٦/٨٠ظ/م] **إنْ نَكَلَ عَنِ الْيَمِينِ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ؛ يَلْزَمُهُ الْقِصَاصُ، وَإِنْ نَكَلَ فِي النَّفْسِ حُبِسَ حَتَّى يَحْلِفَ أَوْ يُقِرَّ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ**.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رحمهما الله: يَلْزَمُهُ الْأَرْشُ فِيهِمَا؛ لِأَنَّ النُّكُولَ إِقْرَارٌ فِيهِ شُبْهَةٌ

غاية البيان

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: يَلْزَمُهُ الْأَرْشُ فِيهِمَا)[1]، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصرِهِ»[2]، وهيَ مسألةُ «الجامع الصغير»[3] في «كتابِ القَضَاءِ».

وهذا في دعوى القتلِ على واحدٍ مِنْ غيرِ أهلِ المحلّةِ، وفيه يَبْرَأُ باليمينِ الواحدةِ، ولا يجبُ شيءٌ آخرُ بعدَ ذلكَ، فأَمَّا إذا كانَ دعوى القتلِ على أهلِ المحلّةِ، أوْ على [٢/٣٣٧و] بعضِهم؛ ففيه القسامةُ والدِّيَةُ جميعًا، وسيَجِيءُ في بابِ القَسامةِ مِنْ كتابِ الدياتِ تمامُ البيانِ إنْ شاءَ اللهُ تعالى.

ثمَّ اعلمْ: أنَّهُ إذا ادَّعَى القِصَاصَ في النفسِ، أوْ في الطرَفِ؛ يُحَلَّفُ بالإنفاقِ، [١٢/١١٦و/د] فإنْ حَلَفَ بَرِئَ، وإنْ نَكَلَ يقتَصُّ في الطرْفِ، ولا يُقْضَى بشيءٍ في النفسِ، ولكنْ يُحْبَسُ حتى يُقِرَّ، أوْ يحْلِفَ، أوْ يموتَ جوعًا، وعندَهما: يُقْضَى بالمالِ في النفسِ والطرْفِ جميعًا، وهذا الاختلافُ فرْعٌ على اختلافِهم في معنى النُّكُولِ.

فعندَ أبي حَنِيفَةَ: هوَ في معنى البذلِ.

وعندَهما: في معنى إِقْرَارٍ فيهِ شُبْهَةٌ؛ لأنَّهُ لَمْ يُصَرِّحْ بالإقرارِ.

قالا: النُّكُولُ إِقْرَارٌ فيهِ شُبْهَةٌ، والقِصَاصُ عُقُوبَةٌ، والعقوباتُ لَا تَثْبُتُ بما فيهِ شُبْهَةٌ، ولهذا لَا يَثْبُتُ القِصَاصُ بِالنُّكُولِ في النفسِ بالاتفاقِ، ولهذا لَا يَثْبُتُ بالشهادةِ على الشَّهَادَةِ، ولا بشَهَادَةِ رَجُلٍ وامرأتَيْنِ، ولا بكتابِ القاضي إلى القاضي، وإذا تعَذَّرَ اسْتِيفَاءُ القِصَاصِ؛ وجَبَ المصيرُ إلى المالِ؛ لأنَّ القطعَ العَمْدَ

---

(١) وعلى قول الإمام مشى المصححون. ينظر: «بدائع الصنائع» [٦/٣٢٠]، «الاختيار» [٢/١١٣]، «التصحيح» [ص٤٣١]، «تبيين الحقائق» [٤/٢٩٩]، «العناية» [٨/١٩٠]، «الجوهرة النيرة» [٢/٢١٥].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/٢١٥ - ٢١٦].

(٣) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٣٨٩].

عِنْدَهُمَا، فَلَا يَثْبُتُ بِهِ الْقِصَاصُ، وَيَجِبُ بِهِ الْمَالُ، ....

لهُ مُوجِبانِ: القِصَاصُ عندَ الإمكانِ، والمالُ عند التعَذُّرِ، وهاهنا وقَعَ التعَذُّرُ، فيُصَارُ إلىٰ المالِ.

ومتىٰ كانَ التعَذُّر مِنْ جهةِ المُدَّعِي؛ لَا يُصَارُ إلىٰ المالِ، ألا ترىٰ أنَّهُ إذا ادَّعَىٰ العَمْدَ وأقَرَّ بالخطأِ؛ يُصارُ إلىٰ المالِ؛ لأنَّ التعذُّرَ جاءَ مِنْ قِبَلِ المُدَّعَىٰ عليه، ولوِ ادَّعَىٰ الخطأَ، وأقرَّ بالعمدِ؛ لَا يُصارُ إلىٰ المالِ؛ لأنَّ التعذُّر جاءَ مِنْ قِبَلِ المُدَّعِي.

وهاهنا [١١٦/١٢ظ/د] التعذُّر جاءَ مِن قِبَلِ المُدَّعَىٰ عليه، حيثُ لَمْ يُقِرَّ بالقصاصِ، وإذا أتَىٰ بشَهَادَةِ رَجُلٍ وامرأتيْنِ في دعوىٰ العَمْدِ، فالتعذُّرُ جاءَ مِن قِبَلِ المُدَّعِي، حيثُ لَمْ يأتِ بحُجةٍ صالحةٍ لِاسْتِيفَاءِ القِصَاصِ، فلَا يُصارُ إلىٰ المالِ.

وجْهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ رحمه الله: أنَّ النُّكُولَ في معنىٰ البذْلِ، حتىٰ لَا يَلْزَمَ تكْذِيبُ المسلمِ في إنكارِهِ سابقًا بإقرارِه ثانيًا، وقد مَرَّ بيانُ ذلكَ عندَ قولِه: (**وَإِذَا نَكَلَ الْمُدَّعَىٰ عليْهِ عَنِ الْيَمِينِ؛ قُضِيَ عليْهِ بِالنُّكُولِ**).

ثم نَقُولُ: لَا يَخْلُو: إمَّا [٨١/٦و/م] أنْ يُجْعَلَ النُّكُولُ إيفاءَ الحقِّ في حقِّ المُدَّعِي، أوْ بذْلًا في حقِّ المُدَّعَىٰ عليه، فإنْ كانَ إيفاءً: فالطرْفُ محلٌّ قابلٌ للإيفاءِ، وإنْ كانَ بذْلًا: فالطرْفُ محلٌّ قابلٌ للبَذْلِ؛ لأنَّ الأطرافَ خُلِقَتْ وقايةً وصِيَانَةً للنفوسِ؛ ليعودَ نَفْعُها إلىٰ النفسِ كالأموالِ، فجازَ بَذْلُها.

ألَا ترىٰ [أنه](١) إذا كانَ في يدِه آكِلةٌ يُبَاحُ لهُ قَطْعُها؛ لصيانةِ النَّفْسِ، ودَفْعِ الهلاكِ عنها، وكذا يَجُوزُ قَلْعُ السِّنِّ للوجَعِ لهذا المعنىٰ، وفي بَذْلِ الطرْفِ دفْعُ الهلاكِ عنْ نفسِهِ، ودَفْعُ العارِ والشَّنارِ عنها؛ لأنَّ اليَمِينَ الكاذبةَ سَبَبٌ لهلاكِ النفسِ في الدنيا والآخرةِ، بخلافِ النفسِ؛ فإنها إنْ كانَتْ قابلةً للإيفاءِ: غيرُ قابلةٍ للبذْلِ

---

(١) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

. . . .

غاية البيان

[١١٧/١٢و/د]؛ لأنَّ البَذْلَ في الطرْفِ إنَّما صارَ مشروعًا صِيَانَةً للنفسِ، وليسَ في بذْلِ النفسِ صِيَانَةُ النفسِ، فلَا يَكُونُ بذْلُها مشروعًا.

وإذا تعذَّر اسْتِيفَاءُ القِصَاصِ؛ لَا يُصَارُ إلىٰ المالِ، بلْ يُحْبَسُ حتىٰ يَحْلِفَ أوْ يُقِرَّ؛ لأنَّ اليَمِينَ أصْلُ حقِّهِ، لَا بَذْلِ حقِّه، ولا يُسْتَوْفَىٰ منه المالُ ـ وهو الدِّيَةُ ـ؛ لتوهُّمِ الإِقْرَارِ بالقصاصِ، فتعذَّرَ اسْتِيفَاءُ الدِّيَةِ مِنْ هذا الوجهِ.

وتعذَّرَ[1] أيضًا مِنْ وجهٍ آخرَ، وهوَ أنَّا لوْ قضَيْنا بِالدِّيَةِ؛ يَكُونُ هذا قَضَاءً علىٰ غيرِ ما وقَعَ عليْهِ الدعوىٰ؛ لأنَّهُ ادَّعَىٰ القِصَاصَ، ولَمْ يَدَّعِ المالَ، والقِصَاصُ عندنا مُوجبُ العَمْدِ عينًا، وإنما المالُ يَصِيرُ مُوجبًا لهُ عندَ الضَّرُورَةِ، فلوْ قُلْنا بِاسْتِيفَاءِ المالِ؛ يَكُونُ ذلكَ قَضَاءً علىٰ خلافِ مُوجبِ العَمْدِ، وعلىٰ غيرِ ما وقعَ عليْهِ الدعوىٰ.

فإنْ قيلَ: المالُ مُوجبُ العَمْدِ عندَ تعذُّرِ القِصَاصِ، كما في الخطأِ.

قلْنا [٣٣٧/٢ظ]: صيرورةُ المالِ مُوجبُ العَمْدِ ـ مع أنَّهُ لَا يدَّعِي المالَ ـ خلافُ الحقيقةِ، عرَفْناه نصًّا بخلافِ القياسِ في قتْلِ الخطأِ؛ لأنَّ القياسَ ثَمَّةَ أنْ يُسْتَوْفَىٰ القِصَاصُ؛ لأنَّ الخطأَ إنَّما يَصْلُحُ عذرًا في حُقُوقِ اللهِ تعالىٰ، لَا في حُقُوقِ العبادِ، غيرَ أنَّ اللهَ تعالىٰ عفَا عنه لعُذْرٍ فيه، وجعلَ [١١٧/١٢ظ/د] مُوجبَ القتلِ المالَ، فيَجِبُ النظرُ بأيِّ طريقٍ صارَ المالُ مُوجبًا للقتلِ؟

فنَقُولُ: هناكَ المالُ صارَ موجبًا للقتلِ باعتبارِ أنَّ التعذُّرَ جاءَ مِن قِبَلِ القاتلِ مع سلامةِ النفسِ، ففي كلِّ موضعٍ جاءَ التعَذُّرُ مِن قِبَلِ القاتلِ مع سلامةِ النفسِ؛ يُصَارُ إلىٰ الدِّيَةِ، وإذا ماتَ القاتلُ فالتعذُّرُ ما جاءَ مِنْ قِبَلِ القاتلِ، وإنما جاءَ مِنْ جانبِ المحلِّ، فلَا يُصارُ إلىٰ المالِ، وإذا ادَّعَىٰ العَمْدَ، وأَقَرَّ بالخطأِ، يُصَارُ إلىٰ

(١) وقع بالأصل: «تعذر». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

خُصُوصًا إِذَا كانَ امْتِنَاعُ الْقِصَاصِ بمعنًى مِنْ جِهَةِ مَنْ عَلَيْهِ ، كَمَا إِذَا أَقَرَّ بِالْخَطَأِ وَالْوَلِيُّ يَدَّعِي الْعَمْدَ .

غاية البيان

المالِ ؛ لأنَّ [٦/٨١ظ/م] التعَذُّرَ جاءَ مِن قِبَلِ القاتلِ مع سلامةِ النفسِ .

وإذا ادَّعَىٰ الخطأَ ، وأقَرَّ بالعمدِ ؛ فلَا يُصارُ إلىٰ المالِ ؛ لأنَّ التعَذُّرَ جاءَ مِن قِبَلِ المُدَّعِي ، وهاهنا التعَذُّرُ جاء مِن قِبَلِ المُدَّعِي ؛ لأنَّهُ لَمْ يأتِ بحُجةٍ صالحةٍ لِلاسْتِحْقَاقِ ؛ لأنَّهُ أتىٰ بمجردِ الدعوىٰ ، والدعوىٰ لَا تصْلُحُ سببًا لِلاسْتِحْقَاقِ فيما خُلِقَ معصومًا في الأصلِ ، بخلافِ الأموالِ . كذا ذكَر البرهانُ الأَجَلُّ صاحبُ «**المحيط**» عبدُ العزيزِ بنُ عُمَرَ بنِ أبي سهلٍ البُخَارِيُّ ، المعروف بـ«مَازَه»[1] ، في «**طريقتِه**» ، المسماة بـ«**الطريقةِ البُرْهانيةِ**»[2] .

قولُه: (خُصُوصًا إِذَا كانَ امْتِنَاعُ الْقِصَاصِ بمعنًى مِنْ جِهَةِ مَنْ عَلَيْهِ) ، يَعْنِي: إذا امتنَعَ القِصَاصُ مِنْ جهةِ مَنْ لهُ [١٢/١١٨و/د] القِصَاصُ ، كما إذا أتىٰ بشَهَادَةِ رَجُلٍ وامرأتينِ في دعوىٰ العَمْدِ ؛ لَا يَثْبُتُ القِصَاصُ ، ولا يجبُ المالُ أصلًا ، فلَأَنْ لَا يَثْبُتُ القِصَاصُ فيما إذا امتنعَ مِن جهةِ مَن عليْهِ مع سلامةِ النفسِ ووجوبِ الدِّيَةِ أَوْلَىٰ ؛ لأنَّ القِصَاصَ والدِّيَةَ لَا يجتمعانِ ، وهوَ معنىٰ قولِه: (**خُصُوصًا**) . وقد مَرَّ

---

(١) كذا قال المؤلف! وصاحبُ «المحيط»: هو محمود ـ أو محمد ـ بن أحمد بن عبد العزيز بن عُمر بن مَازَه البخاريّ المرْغِينانِيّ ، بُرهان الدِّين . وهو صاحب: «الطَّرِيقَة البرهانية» أيضًا ، ولعله اشتبَه علىٰ المؤلِّف بـ: عبد العزيز بن عُمَر بن مازه الْمَعْرُوف ببرهان الأئمة أبي محمد . وَالِد عُمر بن عبد العزيز الملقَّب بـ الصدر الشَّهِيد .

وصاحبُ «المحيط»: معدود مِن أكابر فقهاء الحنفية ، وهو مِن بيت عِلْمٍ عظيم في بلاده . ومِن كُتبه أيضًا: «ذخيرة الفتاوىٰ» ، و«الواقعات» ، وغيرها . (توفي سنة: ٦١٦هـ) . ينظر: «الفوائد البهية» للكنوي [ص/٢٠٥] . و«كشف الظنون» لحاجي خليفة [١/٣٤٣ ، ٨٢٣] . و«هدية العارفين» للبغدادي [٢/٤٠٤] .

(٢) وهي غير: «المحيط البرهاني» . ذكَرَها له صاحبُ: «الفوائد البهية» [ص/٢٠٥] ، وصاحبُ: «هدية العارفين» للبغدادي [٢/٤٠٤] .

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْأَطْرَافَ يَسْلُكُ بِهَا مَسْلَكَ الْأَمْوَالِ فَيَجْرِي فِيهَا الْبَذْلُ، بِخِلَافِ الْأَنْفُسِ، فَإِنَّهُ لَوْ قَالَ: اقْطَعْ يَدِيَ فَقَطَعَهَا لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الضَّمَانُ، وَهَذَا إِعْمَالٌ لِلْبَذْلِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يُبَاحُ لِعَدَمِ الْفَائِدَةِ، وَهَذَا الْبَذْلُ مُفِيدٌ لِانْدِفَاعِ الْخُصُومَةِ بِهِ فَصَارَ كَقَطْعِ الْيَدِ لِلْآكِلَةِ وَقَلْعِ السِّنِّ لِلْوَجَعِ، وَإِذَا امْتَنَعَ الْقِصَاصُ فِي النَّفْسِ، وَالْيَمِينُ حَقٌّ مُسْتَحَقٌّ يُحْبَسُ بِهِ كَمَا فِي الْقَسَامَةِ.

قَالَ: وَإِذَا قَالَ الْمُدَّعِي: لِي بَيِّنَةٌ حَاضِرَةٌ، قِيلَ لِخَصْمِهِ: أَعْطِهِ كَفِيلًا

غاية البيان

البيانُ الشافي قبلَ هذا.

قولُه: (إِلَّا أَنَّهُ لَا يُبَاحُ لِعَدَمِ الْفَائِدَةِ)، يَعْنِي: إذا قطعَ يدَ مَنْ قالَ: اقطَعْ يدي؛ لَا يجبُ الضَّمَانُ، ولكنْ لَا يُباحُ القطْعُ لعدمِ الفائدةِ، كما إذا قالَ لغيرِه: خَرِّقْ ثوبي، أوْ أَتْلِفْ مالي؛ لَا يُباح لهُ لعدمِ الفائدةِ، حتىٰ إذا كانَ في القطعِ فائدةٌ؛ يُباحُ كما في قَطْعِ اليدِ للآكِلةِ، وقَلْعِ السِّنِّ لدَفْعِ الوجَعِ.

وهذا بخلافِ النفسِ؛ فإنَّهُ لَا يُباحُ قَتْلُها إذا قالَ: اقتُلْنِي، حتىٰ إذا قتَلَه؛ لَا ينتفِي الضَّمَانُ، بلْ يَجِبُ القِصَاصُ في روايةٍ عنْ أصحابِنا، وهوَ قولُ زُفَرَ، وتَجِبُ الدِّيَةُ في مالِه في روايةٍ، وقد عُرِفَ في «**المختلفِ**».

قولُه: (كَقَطْعِ الْيَدِ لِلْآكِلَةِ).

والآكِلةُ: قُرْحةٌ غائرةٌ في البدنِ، كثيرةُ العَفَنِ، وسببُها دمٌ فَاسِدٌ عَفِنٌ، يستحِيلُ إلىٰ السوداءِ، وأولُ علاجِها: استفراغُ الخَلْطِ السَّوْدَاوِيِّ، والبَاقِي يُعْلَمُ في كُتُبِ الطبِّ.

قولُه: (يُحْبَسُ بِهِ)، أي: بالحقِّ المُسْتَحقِّ كما [١٢/١١٨ظ/د] في القسامةِ، فإنهم إذا نكَلُوا عنِ اليَمِينِ، يُحْبَسُونَ حتىٰ يُقِرُّوا أوْ يحلِفُوا.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا قالَ الْمُدَّعِي: لِي بَيِّنَةٌ حَاضِرَةٌ، قِيلَ لِخَصْمِهِ: أَعْطِهِ كَفِيلًا

بِنَفْسِكَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ؛ كَيْلَا يَغِيبَ نَفْسُهُ فَيَضِيعَ حَقُّهُ، وَالْكَفَالَةُ بِالنَّفْسِ جَائِزَةٌ عِنْدَنَا

بِنَفْسِك ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصرِهِ»، وتمامُه فيه: «فإنْ فعَلَ، وإلَّا أُمِرَ بملازمتِه، إلَّا أنْ يَكُونَ غريبًا علىٰ الطريقِ، فيُلَازِمُه مقدارَ مجلسِ القاضي»(١). إلىٰ هنا لفْظُ القُدُورِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ.

ثم أخْذُ الكَفِيلِ اختلَفَ السلفُ فيه: رُوِيَ عن قتادةَ والشَّعْبِيِّ [٦/٨٢و/م]: أنَّهُ لَا يَجُوزُ، ورُوِيَ عنْ إبراهيمَ النَّخَعِيِّ: أنَّهُ جَوَّزَ أخْذَ الكَفِيلِ، وهذا هوَ الاستحسانُ، أخَذَ به علماؤُنا رَحِمَهُمُ اللَّهُ(٢).

والقياسُ: ألا يَجُوزَ. كذا ذَكَر شمسُ الأئمةِ السَّرْخَسِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ في «شرحِ أدبِ القاضي» في بابِ أخذِ الكَفِيلِ.

وجْهُ القياسِ: أنَّ مجرّدَ الدعوَىٰ ليسَ بسببِ الِاسْتِحْقَاقِ، ألا ترىٰ إلىٰ ما رُوِيَ في «شرحِ الآثار»: عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قالَ [٢/٣٣٨و]: «لَوْ يُعْطَىٰ النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ؛ لَادَّعَىٰ النَّاسُ دِمَاءَ رِجَالٍ وَأَمْوَالَهُمْ، وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَىٰ الْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ»(٣)، كيفَ وقدْ عارَضَه المُدَّعَىٰ عليْهِ بالإنكارِ؟! فإذا صارَ الدعوىٰ معارَضًا بالإنكارِ؛ لَمْ تَثْبُتْ حُجةً لِاسْتِحْقَاقِ شيءٍ، فإذا لَمْ تَثْبُتْ؛ لَا يَجِبُ عليْهِ إعطاءُ الكَفِيلِ.

[١٢/١١٩و/د] ووَجْهُ الاستحسانِ: أنَّ في أخْذِ الكَفِيلِ نظرًا للمُدَّعِي، فإن المُدَّعِي متىٰ أحضرَ بينتَه، فربما يُخْفِي المُدَّعَىٰ عليْهِ شخْصَه، فلَا يَقْدِرُ المُدَّعِي علىٰ إثباتِ حقِّه بِالبَيِّنَةِ، فيَكُونُ في ذلكَ ضررٌ بالمدّعي.

ولو قلْنا بأنَّه يُصَارُ إلىٰ التكفيلِ؛ يحْصُلُ به النظرُ للمُدَّعِي، ولا يَكُونُ فيهِ

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢١٦].
(٢) ينظر: «الاختيار» [٢/١١٣]، «تبيين الحقائق» [٤/٣٠٠]، «البحر الرائق» [٧/٢١٠].
(٣) مضىٰ تخريجه.

. . . .

كثيرُ ضررٍ على المُدَّعَىٰ عليه، فقلْنا: إنَّهُ يَصُارُ إلىٰ التكفيلِ، ألا ترىٰ أنَّ القاضيَ بمجردِ الدعوىٰ يُعْدِي علىٰ الخَصْمِ، ويَمْنَعُهُ عنْ أشغالِه، وإنْ كانَ دعواهُ محتملًا؛ لأنَّهُ لَا يُمْكِنُه الإنصافُ والنظرُ للخصمَيْنِ إلَّا بهذا الطريقِ، فكذلكَ يَجُوزُ لهُ أنْ يأخذَ كَفِيلًا أيضًا نظرًا للمُدَّعِي بمجردِ دعواه، وإنْ لَمْ يَثْبُتْ بمجردِ الدعوىٰ شيءٌ.

وقالَ في «**الفتاوىٰ الصغرىٰ**» ـ في كتابِ أدبِ القاضي ـ: «ادَّعَىٰ علىٰ آخرَ مالًا وقالَ: لي بَيِّنَةٌ حاضرةٌ في المِصْرِ، فطلبَ مِن القاضي أنْ يأخُذَ مِن المُدَّعَىٰ عليْهِ كَفِيلًا، يأخُذُ إلىٰ ثلاثةِ أيَّامٍ، أوْ إلىٰ المجلسِ الثاني، وهذا إذا كانَ المُدَّعَىٰ عليْهِ غير معروفٍ، فإنْ كانَ معروفًا؛ فكذا في **ظاهرِ الروايةِ**.

ورُوِيَ عن محمدٍ رحمه الله: أنَّهُ لَا يأخُذُ كفيلًا، وكذا في ظاهرِ الروايةِ: أنَّهُ يأخذُ كَفِيلًا وإنْ كانَ المالُ حقيرًا.

وعن محمدٍ: أنَّهُ إذا كانَ المالُ حقيرًا؛ لَا يَأْخُذُ الكَفِيلَ، وهذا إذا كانَ المُدَّعَىٰ عليْهِ مِن المِصْرِ [١٢/١١٩ظ/د]، أمَّا إذا كانَ غريبًا: لَا يأخُذُ منه كَفِيلًا، وهذا إذا كانَ المُدَّعي يدَّعِي أنَّ لهُ بَيِّنَةً حاضرةً في المِصْرِ، أمَّا إذا قالَ: لي بَيِّنَةٌ غائبةٌ؛ لَا يَأْخُذُ.

ثُمَّ تأْقِيتُه الكَفَالَةَ بثلاثةِ أيامٍ أوْ نحوِها: ليسَ لأجْلِ أنْ يَبْرَأَ الكَفِيلُ عنِ الكَفَالَةِ بعدَ ذلكَ الوقتِ، فإنَّ الكَفِيلَ إلىٰ شهرٍ لَا يَبْرَأُ بعدَ مُضِيِّ شهرٍ، لكنِ التكفيلُ إلىٰ شهرٍ لتوسعةِ الأمرِ علىٰ الكَفِيلِ، حتىٰ لَا يُطالِبَ الكَفِيلُ إلَّا بعدَ مُضِيِّ شهرٍ، لكنْ لوْ عَجَّلَ الكَفِيلُ صحَّ»(١).

ونقَلَ في «**الفتاوىٰ الصغرىٰ**» ـ في [٦/٨٢ظ/م] كتابِ الكَفَالَةِ عنِ «**النوازلِ**» ـ: «قالَ الفقيه أبو جعفرٍ فيمَنْ كَفَلَ بنفْس رَجُلٍ إلىٰ ثلاثةِ أيامٍ، فمضَتِ الأيامُ الثلاثةُ:

---

(١) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/٢٠٢].

. . . .

غاية البيان

لَا يَبْرَأُ مِنَ الكَفَالَةِ، وإنما الثلاثةُ الأيامُ أَجَلٌ لتأخيرِ المطالبةِ، لَا للإِلْزَامِ[(١)].

وعنْ أبي بكرٍ الإِسْكَاف أَنَّهُ قالَ: كنتُ عندَ الحاكمِ عبد الحميد[(٢)]، فأراد أنْ يُطالِبَ رَجُلًا بكفالةِ نفسٍ قد كفَلَ إلىٰ ثلاثةِ أيامٍ، فقلْتُ له: لَا تَلْزَمِ المطالبةُ إلَّا بعدَ ثلاثةِ أيامٍ، فإذا مضتْ ثلاثةُ أيامٍ؛ فله المطالبةُ بنفسِه أبدًا ما لَمْ يُسَلِّم إليه، وقلْتُ له: لوْ باعَ عبدًا إلىٰ ثلاثةِ [أيامٍ][(٣)]؛ فالثَّمَنُ لَا يَلْزَمُه إلَّا بعد ثلاثةِ أيَّامٍ، فكذلكَ هاهنا، فقالَ عبدُ الحميدِ: كنْتُ لَمْ أعلَمْ بذلكَ».

والحاصلُ في المسألةِ: ما قالَ شمسُ الأئمةِ السَّرْخَسِيُّ رحمه الله في «شرحِ أدبِ القاضي» ـ في بابِ أخذِ الكَفِيلِ ـ [١٢/١٢٠و/د]: «قالَ أبو حَنِيفَةَ وأصحابُه جميعًا رضي الله عنهم: إذا تقدَّمَ الرَّجُلُ إلىٰ القاضي ومعه رَجُلٌ يدَّعِي عليْهِ حقًّا، وسألَ أنْ يأخُذَ منه كَفِيلًا ثلاثةَ أيامٍ، وقالَ: لي بَيِّنَةٌ حاضرةٌ في المِصْرِ؛ فإنَّ القاضيَ يأخُذُ لهُ منه كَفِيلًا ثلاثةَ أيامٍ إذا كانَ المطلوبُ مِن أهلِ المِصْرِ.

ورُوِيَ عنْ أبي يوسفَ: أَنَّهُ يَأْخُذُ كَفِيلًا إلىٰ المجلسِ الثاني، فإنَّ القاضيَ كانَ لَا يجلسُ علىٰ الدوامِ، ومتىٰ ادَّعَىٰ في هذا المجلسِ؛ لَا يُمْكِنُه إحضارُ البَيِّنَة وإثباتُ حقِّه فيه، وإنَّما يُمْكِنُه في المجلسِ الثاني، فيَأْخُذُ منه كَفِيلًا إلىٰ المجلسِ الثاني، حتىٰ يجلسَ القاضي بنفسِه، فيُقِيمُ البَيِّنَةَ عليه، وإنْ كانَ القاضي يجلسُ في كلِّ يومٍ [٢/٣٣٨ظ]: أخَذَ منه كَفِيلًا إلىٰ اليومِ الثاني، أوْ يأخُذُ كَفِيلًا إلىٰ ثلاثةِ أيَّامٍ».

ثُمَّ ظاهرُ الروايةِ: يُجْبَرُ المطلوبُ علىٰ إعطاء الكَفِيلِ إذا طالَبَه المُدَّعِي بذلك،

---

(١) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/٣١٣].

(٢) هو: عبد الحميد بن عبد العزيز أبو خازم القاضي. كما جزم به ابنُ الحنائيّ في «طبقات الحنفية» [٢/٧/ ترجمة أبي بكر الإسكاف]. وقد تقدَّمَتْ ترجمته.

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

....

سواءٌ كانَ المُدَّعَىٰ عليْهِ معروفًا، أوْ لَمْ يَكُنْ معروفًا، والمُدَّعَىٰ به خطيرًا أوْ حقيرًا.

ورُوِيَ عن محمدٍ رضي الله عنه **أنَّهُ [قالَ]**(١): «إذا كانَ الرَّجُلُ معروفًا، والظاهرُ مِن حالِه أنَّهُ لَا يُخْفِي نفسَه بذلك القَدْرِ مِن المالِ؛ فإنه لَا يُجْبَرُ علىٰ إعطاءِ الكَفِيلِ، ولكنْ إنْ أعطَىٰ بنفسِه كَفِيلًا مختارًا؛ يُؤْخَذُ منه، وإنْ لَمْ يُعْطِ؛ لَا يُجبِرُه القاضي علىٰ ذلك، وكذا إذا كانَ المالُ [١٢/١٢٠ظ/د] حقيرًا لَا يُخْفِي المرءُ نفْسَه بذلك القَدْرِ مِن المالِ؛ لَا يُجْبِرُه، ولكنَّهُ إنْ أعطَىٰ الكَفِيلَ مِن غير جَبْرٍ؛ يُقْبَلُ وإلَّا فلَا.

وفي ظاهرِ الروايةِ: لَمْ يفْصِلْ بينهما؛ لأنَّ إعطاءَ الكَفِيلِ لَمَّا كانَ مُسْتحقًّا عليه؛ لَا يقَعُ الفرقُ بين ما إذا كانَ معروفًا، أوْ لَمْ يَكُنْ، وكانَ المالُ خطيرًا أوْ حقيرًا كاليمينِ.

وأمَّا إذا كانَ المطلوبُ غريبًا: لَا يُجْبَرُ علىٰ إعطاءِ الكَفِيلِ، ولكنْ إنْ أعطَىٰ كَفِيلًا بنفسِه مختارًا؛ يُقْبَلُ ذلكَ منهُ، وإنْ لَمْ يُعْطِ لَا يُجْبَرُ علىٰ ذلكَ، وذلكَ لأنَّ الكَفِيلَ يَمْنَعُهُ مِنَ السفرِ والذهابِ إلىٰ منزلِه [٦/٨٣و/م]، فيُؤدِّي إلىٰ إلحاقِ الضَّرَرِ بهِ، فقلْنا بأنَّهُ لَا يُجْبَرُ وإنْ كانَ المُدَّعِي لَا يَتَضَرَّرُ بذلكَ؛ لأنَّ ضررَ المسافرِ حقيقةٌ، وضررُ المُدَّعِي مَوْهُومٌ، ربَّما يَكُونُ صادقًا في الدَّعوىٰ، أوْ كاذبًا، والمَوْهُومُ لَا يُعَارِضُ المتحقِّقَ.

ثُمَّ المسافرُ لَا يُجْبَر علىٰ إعطاءِ الكَفِيلِ، ولكنْ **يُمْهِلُه القاضي إلىٰ آخرِ المجلسِ**؛ لأنَّهُ بهذا القَدْرِ لَا يَنْقَطِعُ عنِ الرفْقةِ، ويَحْصُلُ النظرُ للمُدَّعِي، **فأمَّا في** إمساكِه علىٰ بابِ القاضي يومًا، [أو أكثرَ](١) - **ليُحْضِرَ المُدَّعِي بينتَه - ضرَرٌ علىٰ** المطلوبِ؛ [فلَا يَجُوزُ](١) المصيرُ إليهِ دفعًا للضَّرَرِ، **فإذا جاءَ أوانُ قيامِ القاضي** مِنْ مجلسِه؛ ولَمْ يُحْضِرِ المُدَّعِي بينتَه؛ **فإنَّ القاضيَ** [١٢/١٢١و/د] **يُحَلِّفُه، ويُخَلِّي**

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

. . . .

سبيلَ المطلوبِ ليَذْهَبَ حيثُ شاءَ.

فإنِ اختلفَ الطالبُ والمطلوبُ، فقالَ المطلوبُ: أنا مسافرٌ. وقالَ الطالبُ: إنَّهُ لَا يُرِيدُ السفرَ، تكلَّمُوا فيهِ بأقوالٍ:

قالَ بعضُهم: القولُ قولُ المُدَّعِي؛ لأَنَّهُ متمسِّكٌ بالأصلِ، فإنَّ الأصلَ هوَ الإقامةُ، والسفرُ عارِضٌ، فَيَكُونُ القولُ قولَ مَنْ تمسَّكَ بالأصلِ، وهذا لأنَّ الظاهرَ يَشْهَدُ للطالبِ؛ لأنهما في المِصْرِ، والموضعُ موضعُ الإقامةِ لَا موضعُ السفرِ، فالمطلوبُ بقولِه: أنا مسافرٌ، يريدُ إسقاطَ الحقِّ عنْ نفسِه، فلَا يُسْمَعُ منه.

وقال بعضُهم: القاضي يَسْأَلُه: مع مَنْ تُرِيدُ السفرَ؟ فإنْ أخبرَه: مع فلانٍ؛ فالقاضي يَبْعَثُ إلىٰ الرفْقةِ أميناً مِن أُمَنائِه يَسْأَلُ أنَّ فلانًا هذا مُسْتعدٌّ للخروج معكم؟ فإنَّ مَنْ أرادَ السفرَ لَا بُدَّ أنْ يَكُونَ مُستعِدًّا لذلكَ الأمرِ. قالَ تعالىٰ: ﴿وَلَوۡ أَرَادُواْ ٱلۡخُرُوجَ لَأَعَدُّواْ لَهُۥ عُدَّةٗ﴾ [التَّوْبَة: ٤٦].

فإنْ قالُوا: نعم قدِ استعدَّ لذلكَ؛ انضمَّ قولُهم إلىٰ قولِه، فيُقْبَلُ ذلكَ منهُ، فيُمْهِلُه إلىٰ آخرِ المجلسِ، فإنْ أحضرَ المُدَّعِي بينتَه في هذه المُدَّةِ، وإلا خَلَّىٰ سبيلَ المطلوبِ، وإنْ لَمْ يعلمُوا مِنْ حالِه، فنحنُ نَعْلَمُ أَنَّهُ يَبْقَىٰ ثلاثةَ أَيَّامٍ لأجْلِ الاستعدادِ، فقلْنا [١٢/١٢١ظ/د] بأنه يُجْبِرُهُ علىٰ إعطاءِ الكَفِيلِ ثلاثةَ أيامٍ، فإنه لَا يُمْكِنُهُ الخروجُ إلَّا بالاستعدادِ، وذلكَ لَا يَتَهَيَّأُ لهُ إلَّا في مُدَّةٍ، فقلْنا[1] بأنه يُطَالبُ بإعطاءِ الكَفِيلِ.

ونظيرُ هذا العُسْرِ: إذا ادَّعَىٰ المطلوبُ أَنَّهُ مُعْسِرٌ، فإنَّ القاضيَ يُحَكِّمُ فيهِ الزِّيَّ، إلَّا إذا كانَ المرءُ مِن العلماءِ، أوْ مِنَ العَلَوِيَّةِ؛ فإنهم يتكلَّفون في لباسِهم مع فَقْرِهم.

---

(١) وقع بالأصل: «وقلنا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

وَقَدْ مَرَّ مِنْ قَبْلُ، وَأَخْذُ الْكَفِيلِ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَىٰ اسْتِحْسَانٌ عِنْدَنَا؛ لِأَنَّ فِيهِ نَظَرًا لِلْمُدَّعِي، وَلَيْسَ فِيهِ كَثِيرُ ضَرَرٍ بِالْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ؛ وَهَذَا لِأَنَّ الْحُضُورَ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ

غاية البيان

فأَمَّا في حقِّ غيرِهم: يُحَكَّمُ الزِّيُّ، إنْ كانَ عليْهِ زِيُّ الفقراءِ: كانَ القولُ قولَه، وإنْ كانَ عليْهِ زِيُّ الأغنياءِ: لَا يَكُونُ القولُ قولَه.

وتحكيمُ الثِّيَابِ والزِّيِّ جائزٌ، قالَ تعالىٰ: ﴿إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن [٦/٨٣ظ/م] قُبُلٍ [٢/٣٣٩و] فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ﴿٢٦﴾ وَإِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ﴾ [يوسف: ٢٦ - ٢٧]. فدَلَّ علىٰ أنَّ تحكيمَ العلامةِ جائزٌ.

وإنِ ادَّعَىٰ الطالبُ قِبَلَ المطلوبِ حَدًّا في قذْفٍ أوْ قصاصًا، وقال: لي بَيِّنَةٌ حاضرةٌ، وطلبَ كَفِيلًا مِنَ المطلوبِ؛ فإنه يُجْبَرُ علىٰ إعطاءِ الكَفِيلِ عند أبي يوسفَ ومحمدٍ رضي الله عنهما، وعلىٰ قولِ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: لَا يُجْبَرُ، وإنْ أعطَىٰ كَفِيلًا جازَ، وفي الحُدُودِ الواجبةِ حقًّا للهِ[1] تعالىٰ خالصًا - كحَدِّ الزِّنَا، وشُرْبِ الخَمْرِ - لَا يُطالبُ بالكفيلِ بالاتفاقِ، وقد مَرَّ ذلكَ في كتابِ الكَفَالَةِ.

قولُه: (وَقَدْ مَرَّ مِنْ قَبْلُ)، أي: في أوَّلِ كتابِ الكَفَالَةِ، وعندَ الشَّافِعِيِّ رضي الله عنه: لَا تَجُوزُ الكَفَالَةُ بالنفسِ[2].

قولُه: (وَأَخْذُ الْكَفِيلِ [١٢/١٢٢و/د] بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَىٰ اسْتِحْسَانٌ).

قالَ في «الفتاوىٰ الصغرىٰ»: «ذكَرَ في بابِ العَدْوىٰ مِنْ «أدب القاضي»: أنَّهُ لَا يُعْدِيه بمجردِ الدعوىٰ».

ثُمَّ قالَ: «قالُوا: وهذا إذا كانَ الموضعُ بعيدًا مِنَ المِصْرِ، أمَّا إذا كانَ قريبًا:

(١) وقع بالأصل: «حق الله». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٢) مضىٰ أن الصحيح في مذهب الشافعي: هو جواز كفالة النفس، وتُسمَّىٰ بكفالة البدن، وكفالة الوجه. وقيل: تصح قطعًا، فتجوز ببدنِ مَن عليه مال، ولا يُشْتَرط العِلْم بقَدْره علىٰ الأصح. ينظر: «روضة الطالبين» للنووي [٤/٢٥٣]، و«النجم الوهاج في شرح المنهاج» للدَّمِيري [٤/٤٩٥].

بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَىٰ، حَتَّىٰ **يُعْدَىٰ عَلَيْهِ** وَيُحَالَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَشْغَالِهِ، فَيَصِحُّ التَّكْفِيلُ بِإِحْضَارِهِ، وَالتَّقْدِيرُ بِثَلَاثَةِ أَيَّامٍ مَرْوِيٌّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، **وَهُوَ الصَّحِيحُ**، وَلَا فَرْقَ

غاية البيان

يُعْدِيه بمجردِ الدعوىٰ، كما لوْ كانَ في المِصْر، والفاصلُ بينهما: إذا كانَ بحالٍ لوِ ابتكَرَ مِن أهْلِه أمكنَه أنْ يحْضُرَ مجلسَ القاضي؛ ويُجِيبَ خَصْمَه، ويَبِيتَ في منزِله؛ فهوَ قريبٌ، وإلَّا فهوَ بعيدٌ.

ثُمَّ إذا كانَ بعيدًا ماذا يَصْنَعُ القاضي؟ قالَ بعضُهم: يَأْمُرُ المُدَّعِي بإقامةِ البَيِّنَةِ علىٰ موافقةِ دعواه، لَا لأجْلِ القَضَاءِ، بلْ لإحضارِ خَصْمِه، والمستورُ في هذا يكفِي، فإذا أقامَ يَأْمُرُ إنسانًا ليُحْضِرَ خَصْمَه، ومنهم مَنْ قالَ: يُحَلِّفُه القاضي، فإنْ نَكَلَ؛ أقامَه عنْ مجلسِه، وإنْ حَلَفَ؛ يأمُر إنسانًا ليُحْضِرَ خصْمَه»[1].

قولُه: (يُعْدَىٰ عَلَيْهِ)، أي: يُعانُ علىٰ المُدَّعَىٰ عليْهِ بالإشْخاص، ومنه قولُ الشاعرِ:

وَنَسْتَعْدِي الْأَمِيرَ[2] إِذَا ظُلِمْنَا ❊ فَمَنْ يُعْدِي إِذَا ظَلَمَ الْأَمِيرُ[3]

قولُه: (وَهُوَ الصَّحِيحُ)، احترازٌ عما رُوِيَ عن أبي يوسفَ: أَنَّهُ يُؤْخَذُ الكَفِيلُ إلىٰ المجلسِ الثاني.

قال في «شرحِ الأقطعِ» [١٢/١٢٢ظ/د]: «هذا ليسَ باختلافٍ في الحقيقةِ؛ لأنَّ أبا حَنِيفَةَ أجابَ علىٰ ما شاهَدَه مِن رَسْمِ القضاةِ، وجلوسِ الحُكَّامِ يومًا ويومًا؛ لأنَّ المجلسَ الثاني يَكُونُ في اليومِ الثالثِ»[4].

---

(١) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/٢٠١].

(٢) **نَسْتَعْدِي الْأَمِيرَ**: أي: نستعين به ونستنصره.

(٣) البيتُ: للشاعر سابِق البربريِّ كما في «الأمثال والحكم» لأبي الحسن الماوردي [ص/١٣٥]، وهو غير منسوب في «عيون الأخبار» لابن قتيبة [١/١٤٦].
ومُراد المؤلِّف مِن الشاهد: الاستدلال به علىٰ أن الاستعداء هو طلَبُ العَوْن والمؤازَرة.

(٤) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٢٧٠].

فِي الظَّاهِرِ بَيْنَ الْخَامِلِ وَالْوَجِيهِ وَالْحَقِيرِ مِنَ الْمَالِ وَالْخَطِيرِ.

ثُمَّ لَا بُدَّ مِنْ قَوْلِهِ: لِي بَيِّنَةٌ حَاضِرَةٌ لِلتَّكْفِيلِ، وَمَعْنَاهُ فِي الْمِصْرِ، حَتَّىٰ لَوْ قَالَ الْمُدَّعِي لَا بَيِّنَةَ لِي أَوْ شُهُودِي غُيَّبٌ لَا يَكْفُلُ لِعَدَمِ الْفَائِدَةِ.

قَالَ: فَإِنْ فَعَلَ وَإِلَّا أُمِرَ بِمُلَازَمَتِهِ؛ كَيْلَا يَذْهَبَ حَقُّهُ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ غَرِيبًا فَيُلَازِمُهُ مِقْدَارَ مَجْلِسِ الْقَاضِي، وَكَذَا لَا يَكْفُلُ إِلَّا إِلَىٰ آخِرِ الْمَجْلِسِ، فَالِاسْتِثْنَاءُ مُنْصَرِفٌ إِلَيْهِمَا؛ لِأَنَّ فِي أَخْذِ الْكَفِيلِ وَالْمُلَازَمَةِ زِيَادَةً عَلَىٰ ذَلِكَ إِضْرَارًا بِهِ بِمَنْعِهِ عَنْ السَّفَرِ، وَلَا ضَرَرَ فِي هَذَا الْمِقْدَارِ ظَاهِرًا، ....

غاية البيان

قولُه: (فِي الظَّاهِرِ)، أي: في ظاهرِ الروايةِ[1].

قولُه: (بَيْنَ الْخَامِلِ)، يُقَالُ: خمَلَ الرَّجُلُ خُمُولًا؛ إذا كانَ ساقِطَ القَدْرِ.

قولُه: (غُيَّبٌ)، بفتحتَيْنِ مخفَّفةِ الياءِ، أوْ بضَمِّ الغينِ مشدَّدةِ الياءِ.

قولُه: (فَالِاسْتِثْنَاءُ مُنْصَرِفٌ إِلَيْهِمَا)، أي: الاستثناءُ المذكورُ في «**مختصرِ القُدُورِيِّ**» في قولِه: (**إِلَّا أَنْ يَكُونَ غَرِيبًا**)، عندَ قولِه[2]: «فإنْ فعَلَ وإلَّا أُمِرَ بملازمَتِه إلَّا أنْ يَكُونَ غريبًا»[3]: منصرِفٌ إلىٰ التكفيلِ والملازمةِ جميعًا.

يَعْنِي: الغريبُ لَا يُؤْخَذُ منه الكَفِيلُ، ولا يُلَازَمُ، وقد مَرَّ بيانُه، ومعنىٰ قولِه[4]: «فإنْ فَعَلَ». أي: [إنْ][5] أعطَىٰ المُدَّعَىٰ عليْهِ الكَفِيلَ يُقْبَلُ [٦/٨٤و/م] ذلك، وإنْ لَمْ يُعْطِ يلازمُه المُدَّعِي.

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» [٣/٣٧٣]، «بدائع الصنائع» [٥/٤٥٥]، «الاختيار» [٢/٣٣٦].

(٢) أي: قول القُدُورِيِّ ﷺ.

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢١٦].

(٤) أي: قول القُدُورِيِّ ﷺ.

(٥) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

وَكَيْفِيَّةُ الْمُلَازَمَةِ نَذْكُرُهَا فِي كِتَابِ الْحَجْرِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ.

غاية البيان

قولُه: (وَكَيْفِيَّةُ الْمُلَازَمَةِ نَذْكُرُهَا فِي كِتَابِ الْحَجْرِ).

قالَ في «الفتاوىٰ الصغرىٰ»[1] - في مسائلِ العَدْوَىٰ[2] -: «المُدَّعِي إذا طلبَ مِنَ القاضي أنْ يَأْخُذَ مِن المُدَّعَىٰ عليْهِ كَفِيلًا، وأبَىٰ المُدَّعَىٰ عليْهِ إعطاءَ الكَفِيلِ؛ فالقاضي يَأْمُرُ المُدَّعِي بملازمَتِه».

ثُمَّ قالَ: «وتفسيرُ الملازمةِ: أنْ يدورَ معه حيثُ دارَ، أوْ يبْعَثَ أمينًا حتىٰ يدورَ معه أيْنَما دارَ، لكن لَا يحْبِسُه في [١٢/١٢٣و/د] موضعٍ؛ لأنَّ ذلك حَبْسٌ، وهوَ غيرُ مُسْتَحقٍّ عليْهِ بنفسِ الدعوىٰ، ولا يَشْغَلُه عنِ التصَرُّفِ، بلْ هوَ يتصرَّفُ، والمُدَّعِي يَدُورُ معهُ.

وإذا انتهىٰ المطلوبُ إلىٰ دارٍ؛ فإنَّ الطالبَ لَا يَمْنَعُهُ مِنَ الدخولِ علىٰ أهْلِهِ، بلْ يَدْخُلُ المطلوبُ علىٰ أهْلِه [٢/٣٣٩ظ]، والطالبُ الملازِمُ يجْلِسُ علىٰ بابِ دارِه».

ثُمَّ قالَ: «ورأيتُ في «الزياداتِ» - في البابِ الخامسِ والأربعينَ -: أنَّ المطلوبَ إذا أرادَ أنْ يدخُلَ بيتَه؛ فإمَّا أنْ يأذَنَ المُدَّعِي بالدخولِ معهُ، أوْ يجْلِسَ معه علىٰ بابِ الدَّارِ؛ لأنَّهُ لوْ ترَكَهُ حتىٰ يَدْخُلَ الدَّارَ وحْدَه؛ فربما يهْرَبُ مِن جانبٍ آخرَ، فيَفُوتُ ما هوَ المَقْصُودُ والمطلوبُ مِنَ الملازمةِ».

---

(١) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/٢٢٣].

(٢) وهي مسائل: ما لو سمىٰ شخصًا بينه وبين المصر أكثر من يوم، وله عليه دعوىٰ، لا يرسل القاضي خلفه حتىٰ يقيم بينة بالحق الذي عليه، ولا يشترط تعديلها. ينظر: «قرة عين الأخيار لتكملة رد المحتار» [٧/٤٩٨].

فَصْلٌ
فِي كَيْفِيَّةِ الْيَمِينِ وَالِاسْتِحْلَافِ

قَالَ: وَالْيَمِينُ بِاللهِ تَعَالَىٰ دُونَ غَيْرِهِ؛ لِقَوْلِهِ عليه السلام: «مَنْ كَانَ مِنْكُمْ حَالِفًا فَلْيَحْلِفْ بِاللهِ أَوْ لِيَذَرْ»[١] وَيُؤَكِّدُ بِذِكْرِ أَوْصَافِهِ وَهُوَ التَّغْلِيظُ، وَذَلِكَ مِثْلُ قَوْلِهِ:

غاية البيان

فَصْلٌ
فِي كَيْفِيَّةِ الْيَمِينِ وَالِاسْتِحْلَافِ

لَمَّا ذكرَ نفْسَ اليَمِينِ في أيِّ موضعٍ تَكُونُ، وفي أيِّ موضعٍ لَا تَكُونُ: شرَعَ في بيانِ كيفيتِها؛ لأنَّ الصِّفَةَ تتبَعُ الموصوفَ، وكيفيةُ الشيءِ صفةٌ لهُ.

قولُه: (قَالَ: وَالْيَمِينُ بِاللهِ تَعَالَىٰ دُونَ غَيْرِهِ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصرِه»[٢]، وذلك لِمَا رَوَىٰ مالكٌ في «الموطأ»: عَن نَافِعٍ، عَن ابْنِ عُمَرَ رضي الله عنه: أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ أَدْرَكَ عُمَرَ رضي الله عنه وهوَ يَسِيرُ فِي رَكْبٍ، وهوَ يَحْلِفُ بِأَبِيهِ، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «**إِنَّ اللهَ** [١٢/١٢٣ظ/د] **يَنْهَاكُمْ أَنْ تَحْلِفُوا بِآبَائِكُمْ، فَمَنْ كانَ حَالِفًا؛ فَلْيَحْلِفْ بِاللهِ، أَوْ لِيَصْمُتْ**»[٣].

وفي روايةِ «السننِ»: «**أَوْ لِيَسْكُتْ**»[٣]، وقد مَرَّ بيانُ حقيقةِ اليَمِينِ في كتاب الأَيْمانِ.

قولُه: (وَيُؤَكِّدُ بِذِكْرِ أَوْصَافِهِ تَعَالَىٰ)، هذا لفْظُ القُدُورِيِّ في «**مختصرِه**»[٤].

قالَ صاحبُ «الهدايةِ»: (وَهُوَ التَّغْلِيظُ)، أي: التأكيدُ بذكْرِ صفاتِ اللهِ تعالىٰ في اليَمِينِ: هوَ التغليظُ فيها.

---

(١) زاد بعده في (ط): «وَقَالَ عليه السلام: مِنْ حَلَفَ بِغَيْرِ اللهِ فَقَدْ أشرك».
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢١٦].
(٣) مضىٰ تخريجه.
(٤) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢١٦].

قُلْ وَاللهِ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ [٧٠/و] عَالِمِ الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ، الَّذِي يَعْلَمُ مِنَ السِّرِّ مَا يَعْلَمُ مِنَ العَلَانِيَّةِ، مَا لِفُلَانٍ هَذَا عَلَيْكَ وَلَا قِبَلَكَ هَذَا الْمَالُ الَّذِي ادَّعَاهُ، وَهُوَ كَذَا وَكَذَا وَلَا شَيْءٌ مِنْهُ. وَلَهُ أَنْ يَزِيدَ فِي التَّغْلِيظِ عَلَىٰ هَذَا، وَلَهُ أَنْ يُنْقِصَ مِنْهُ، إِلَّا أَنَّهُ يَحْتَاطُ؛ كَيْلَا يَتَكَرَّرَ عَلَيْهِ الْيَمِينُ، لِأَنَّ الْمُسْتَحَقَّ يَمِينٌ وَاحِدَةٌ[1]، وَإِنْ شَاءَ الْقَاضِي لَمْ يُغَلِّظْ فَيَقُولُ: قُلْ بِاللهِ أَوْ وَاللهِ، وَقِيلَ: لَا يُغَلِّظُ عَلَىٰ الْمَعْرُوفِ بِالصَّلَاحِ، وَيُغَلِّظُ عَلَىٰ غَيْرِهِ، وَقِيلَ: يُغَلِّظُ فِي الْخَطِيرِ مِنَ الْمَالِ دُونَ الْحَقِيرِ.

غاية البيان

اعلمْ: أنَّ القاضيَ إذا اكتفَىٰ بذِكْرِ اسم اللهِ تعالىٰ في اليَمِينِ جازَ؛ لأنَّ معنىٰ القَسَم الذي تُرَاعَىٰ حرمتُه قد وُجِدَ، وإذا غَلَّظَ اليَمِينَ علىٰ الحالفِ ـ زجْرًا لهُ عنِ الإقدامِ علىٰ اليَمِينِ الكاذبةِ ـ جازَ.

قالَ شمسُ الأئمةِ السَّرْخَسِيُّ في «شرحِ أدبِ القاضي» [٨٤/٦ظ/م]: «والقضاةُ مختلفونَ، وكلُّ واحدٍ اختارَ لنفسِه شيئًا، ولكنْ يَنْبَغِي أنْ يتأمَّلَ حتىٰ لَا يُكَرِّرَ عليْهِ الأَيْمانَ، فإنَّه متىٰ حلَّفَه باللهِ الرحمنِ الرحيمِ؛ يَكُونُ يمينًا واحدةً، فإذا حلَّفَه باللهِ، والرحمنِ، والرحيمِ؛ يَكُونُ ثلاثةَ أيمانٍ، والمُسْتَحقُّ عليْهِ يَمِينٌ واحدةٌ، فيُرَاعِي القاضي هذا».

ثُمَّ صِفَةُ التغليظِ أنْ يَقُولَ لهُ: قُلْ: واللهِ الذي لَا إلهَ إلَّا هوَ، عالمِ الغيبِ والشَّهَادَةِ، الرحمنِ الرحيمِ، الطالبِ الغالِبِ، المُدْرِكِ المُهْلِكِ، الذي يَعْلَمُ مِن السِّرِّ ما يَعْلَمُ مِنَ العَلَانِيَةِ، الكبيرِ المُتَعَالِ؛ ما لفلانِ بنِ فلانٍ هذا عليكَ، ولا عندَك، ولا قِبَلكَ هذا المالُ الذي ادَّعاهُ، وهوَ كذا [١٢٤/١٢و/د] وكذا، ولا شيءَ منهُ.

وذِكْرُ النعوتِ للهِ تعالىٰ دونَ الاقتصارِ علىٰ اسمِه ﷻ: للتأكيدِ والتعظيمِ؛ لأنَّهُ

(١) زاد بعده في (ط): «والقَاضِي بالخيار إنْ شَاءَ غلظ».

قَالَ: وَلَا يُسْتَحْلَفُ بِالطَّلَاقِ وَلَا بِالْعَتَاقِ؛ لِمَا رَوَيْنَا، وَقِيلَ: فِي زَمَانِنَا إِذَا أَلَحَّ الْخَصْمُ سَاغَ لِلْقَاضِي أَنْ يُحَلِّفَ بِذَلِكَ لِقِلَّةِ الْمُبَالَاةِ بِالْيَمِينِ بِاللهِ[(١)].

غاية البيان

إذا فخَّمَ اليَمِينَ، وعظَّمَ شأنَها؛ لَمْ يتجاسَرْ عليها الإنسانُ، وإلَّا فلوِ اقتصرَ على قولِه: واللهِ؛ كانَ جائزًا. كذا ذكَر أبو بكرٍ الرَّازِيُّ في «شرحِ أدبِ القاضي».

وقالَ بعضُهم: يَعْتَبِرُ القاضي في هذا حالَ المُنْكِرِ: إنْ عرَفَه بالصلاحِ اكتفَى بذِكْرِ اسمِ اللهِ تعالى، وإنْ عرَفَه على غيرِ ذلكَ الوَصْفِ غَلَّظَ اليَمِينَ.

وقالَ بعضُهم: يَعْتَبِرُ المُدَّعَى بهِ: فإنْ كانَ مالًا عظيمًا غَلَّظَ اليَمِينَ عليه؛ لأنَّهُ ربَّما لَا يُبالي مِنْ ذِكْرِ اسمِ اللهِ تعالى، وإنْ كانَ حقيرًا: اكتَفَى بذِكْرِ اسمِ اللهِ تعالى، وإنما يَذْكُرُ في الحَلِفِ قولَه، ولا شيءَ منه؛ لجوازِ أنَّهُ قد أَدَّى البعضَ.

قولُه: ([قَالَ][(٢)]: وَلَا يُسْتَحْلَفُ بِالطَّلَاقِ وَلَا بِالْعَتَاقِ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصرِه»[(٣)].

وقالَ في كتابِ أدبِ القاضي مِن «الأصلِ»[(٤)]: «ولَا يُحَلَّفُ بالطلاقِ، ولَا بالعتاقِ، ولا بالحجِّ»، وذلك لِمَا رَوَيْنَا مِنْ حديثِ ابن عُمَرَ رضي الله عنه.

وقولُه: (لِمَا رَوَيْنَا)، إِشَارَةٌ إلى قوله ﷺ: «مَنْ كانَ مِنْكُمْ حَالِفًا؛ فَلْيَحْلِفْ بِاللهِ أَوْ لِيَذَرْ»[(٥)]، ولأنَّ القَسَمَ يقْتَضِي تعظيمَ المُقْسَمِ به، وهذا النوعُ مِن التعظيمِ

(١) في (ط): «باليمين بالله وكثرة الامتناع بسبب الحلف بالطلاق».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ض».

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢١٦].

(٤) كتاب أدب القاضي ساقطٌ مِن جميع طبعات «الأصل/ المعروف بالمبسوط» لمحمد بن الحسن.

(٥) قال عَلِيٌّ القارِي: «غير معروف بهذا اللفظ». ينظر: «فتح باب العناية بشرح النقاية» لعليّ القارِي [ق٢٢٨/أ/ مخطوط مكتبة نور عثمانية ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٦٦١)].
قلنا: والثابتُ المشهور في هذا الباب إنما هو بلفظ: «مَنْ كَانَ حَالِفًا؛ فَلْيَحْلِفْ بِاللهِ أَوْ لِيَصْمُتْ». وفي رواية: «أَوْ لِيَسْكُتْ». وقد تقدم قريبًا.

....

لَا يستحقُّه إلَّا اللهُ [٢/٣٤٠و] ﷻ.

قالَ في «الفتاوىٰ الصغرىٰ»: «التَّحْلِيفُ بالطلاقِ والعَتَاقِ لَمْ يُجَوِّزْهُ أكثرُ مشايخِنا، وأجازَه البعضُ، وبه أفتىٰ الإمامُ أبو عَلِيٍّ ابنُ فضلٍ بِسَمَرْقَنْدَ [١٢/١٢٤ظ/د]، ويُفْتَىٰ أنَّهُ لَا يَجُوزُ، وإنْ مسَّتِ الضَّرُورَةُ يَجُوزُ، فإذا بالَغَ المُسْتَفْتَىٰ في الفتوىٰ: يُفتِي أنَّ الرأيَ إلىٰ القاضي؛ اتباعًا لهؤلاءِ السلفِ»[1].

وقالَ في «خلاصةِ الفتاوىٰ»: «فلوْ حلَّفَه القاضي بالطلاقِ، فنَكَلَ وقضىٰ بالمالِ؛ لَا يَنْفُذُ قضاؤُه»[2].

وذكرَ في «الواقعاتِ الحُسَاميّةِ» ـ في كتابِ «أدبِ القاضي» في البابِ المُعْلَمِ بعلَامة الواو[3] ـ: وإذا شكَّ الرَّجُلُ فيما يُدَّعَىٰ عليه؛ يَنْبَغِي أنْ يُرْضِيَ خَصْمَه بشيءٍ ويُصالحَه، ولا يَعْجَلْ [٦/٨٥و/م] باليمينِ؛ احترازًا عنِ الوقوعِ في الحرامِ، وهوَ اليَمِينُ الكاذبةُ، وإنْ أبَىٰ الخصمُ إلَّا أنْ يُحَلِّفَه: فإنْ كانَ أكبرُ رأيه أنَّهُ مُحِقٌّ في دعواهُ؛ فلَا يحْلِفْ، وإنْ كانَ أكبرُ رأيِه أنَّهُ ليسَ علىٰ الحقِّ: وَسِعَه ذلكَ».

ونَذْكُرُ هاهنا نُبَذًا مِن مسائلَ ذكَرَها الخَصَّافُ في أواخِرِ كتابِ «الحِيَل»: «إنْ قالَ: كلُّ امرأةٍ لي طالقٌ، ونوَىٰ كلَّ امرأةٍ أتزَوَّجُها باليَمَنِ، أوْ بالهِنْدِ، أو بالسِّنْد، أوْ في بلدٍ مِن البلدانِ؛ لهُ نيتُه في ذلكَ، ولا يحْنَثُ».

---

(١) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/٢٣٩].

(٢) ينظر: «خلاصة الفتاوىٰ» للبخاري [ق/٢٥٦].

(٣) يعْنِي بـ: «عَلَامة الواو»: ما رمَزَ به حُسامُ الدِّين المعروف بـ: الصدر الشهيد في كتابه «الواقعات/ الفتاوىٰ الكبرىٰ» إلىٰ كتاب: «الواقعات» للناطِفِيّ. هكذا نصَّ عليه الصدرُ الشهيد في ديباجة كتابه. ينظر: «الفتاوىٰ الكبرىٰ= الواقعات» للصدر الشهيد [ق ٣/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٠٨٦)]، و«كشف الظنون» لحاجي خليفة [٢/١٢٢٨].

. . . .

غاية البيان

وقالَ: «إنِ ابتدأَ اليَمينَ باللهِ يَحْتَالُ ويَقُولُ: هوَ الله، ويُدْغِمُ ذلكَ[1] حتىٰ لَا يَفْهَمَ المُسْتَحلِفُ، فإنْ قالَ المُسْتَحلِفُ: إنَّما أُحلِّفُكَ بما أُرِيدَ، وقُلْ أنتَ: نعَم كلَّما أوقعْتُ أنا، كيف يَحْتَالُ في ذلكَ وقدْ كتبَ اليَمِينَ في كتابٍ، ويُرِيدُ أنْ يَسْتَحْلِفَه باللهِ، والطَّلَاقِ، والعَتَاقِ، والمَشْيِ، وصدقةِ ما يَمْلِكُ؟ قالَ: يَقُولُ لهُ: نَعَم، ويَنْوِي بـ«نَعَم»: مِن [١٢/١٢٥و/د] النَّعَم، أي: مِن الأنعامِ، فإذا أجابَه بـ«نَعَم» يَنْوِي نَعَمًا مِنَ الأنعامِ؛ لَمْ يَكُنْ عليْهِ شيءٌ.

وكذلكَ إنْ قالَ: نساؤُك طَوالِقُ، ونوىٰ نساءَه العُورَ، أو العُمْيَانَ، أو العُرْجَانَ، أو المماليكَ، أو اليهوديَّاتِ، أو النصرانيَّاتِ، ويَقْصِدُ إلىٰ صفةٍ مِنْ تلكَ الصفاتِ التي ذكرناها، وكذلكَ المماليكُ وجميعُ ما يمْلِكُ مِنْ نوعٍ مِنْ تلكَ الأنواعِ التي ذكرناها، يَقْصِدُ بنيتِه إلىٰ ما شرَحْتُ لك، فيَكُونُ لهُ نيتُه، ولا يحْنَثُ».

وقالَ: «إنْ كانَ يُسْتَحْلَفُ علىٰ فعْلٍ مَضىٰ، وأرادَ أنْ يَحْلِفَ لهُ أنَّهُ لَمْ يفْعلْ كذا وكذا، وأحضَرَ المملوكَ، قال: يَضَعُ يدَه علىٰ رأسِ المملوكِ أوْ ظَهْرِه ويَقُولُ: هذا حُرٌّ ـ يعني: ظَهْرُه حُرٌّ إنْ كانَ فعَلَ كذا وكذا ـ ولا يَعْتِق المملوكُ، وإنْ حَلَفَ بعِتْقِ المملوكِ أنَّهُ لَمْ يَفْعَلْ كذا ـ يَعْنِي لَمْ أَفْعَلْ ذلكَ الشيءَ بمكَّةَ، أوْ في المسجدِ الحرامِ، أوْ في مسجدِ الرسولِ ﷺ، أوْ في بلدٍ مِن البلدانِ، ويَنْوِي ذلك ـ؛ فلَا يَحْنَثُ إنْ كانَ قدْ فعَلَ ذلكَ الشيءَ في غيرِ ذلك الموضعِ الذي نوىٰ وقَصَدَ.

وإنْ أرادَ أنْ يَحْلِفَ بطلاقِ امرأةٍ قالَ: يَقُولُ: امرأتي هذه طالقٌ ثلاثًا، ويَنْوِي عمَلًا مِن الأعمالِ، مِثْلِ الخَبْزِ والغَسْلِ، أوْ طالقٌ مِن وَثاقٍ، ويَنْوِي بقولِه ثلاثًا: ثلاثةَ أيَّامٍ، أوْ ثلاثةَ أشهرٍ، أوْ ثلاثَ جُمَعٍ؛ فلَا يَكُونُ عليْهِ [١٢/١٢٥ظ/د] في ذلكَ حِنْثٌ.

قالَ: قُلْتُ: أرأيتَ سلطانًا بلَغَه عن رَجُلٍ كلامٌ، فأرادَ أنْ يُحَلِّفَ الرَّجُلَ علىٰ

---

(١) أي: لَا يُظْهِر الهاء. كذا جاء في حاشية: «تح»، و«م».

قَالَ: وَيُسْتَحْلَفُ الْيَهُودِيُّ: بِاللهِ الَّذِي أَنْزَلَ التَّوْرَاةَ عَلَىٰ مُوسَىٰ عليه السلام، وَالنَّصْرَانِيُّ: بِاللهِ الَّذِي أَنْزَلَ الْإِنْجِيلَ عَلَىٰ عِيسَىٰ عليه السلام؛ ....

ذلكَ الكلامِ [٦/٨٥ظ/م] الذي بلَغَه، فما الوجهُ فيه؟

قالَ: الوجْهُ فيهِ أنْ يَقُولَ الرَّجُلُ الذي اسْتُحْلِفَ: ما الذي بلَغَك عني؟ فإذا قالَ: بلغَني عنك أنَّكَ قُلْتَ كذا وكذا، وحكىٰ لهُ [الكلامَ](١)، فإنْ شاءَ حَلَفَ لهُ بالطَّلَاقِ والعَتَاقِ أنَّهُ ما قالَ هذا الكلامَ الذي حكاه هذا، ولا سَمِعَ به إلَّا الساعةَ ـ يَعْنِي: ما تكلَّمَ بهذا الكلامِ الذي حكاه، ولا سَمِعَ به بهذا الكلام بعَيْنِه قبْلَ الساعةِ ـ فلَا يَكُونُ عليْهِ إثْمٌ.

وإنْ شاءَ نوىٰ في الطَّلَاقِ والعَتَاقِ ما شرَحْناه، وإنْ شاءَ حَلَفَ أنَّهُ لَمْ يَتَكَلَّمْ بهذا الكلامِ بالكوفةِ، أوْ بالبصرةِ، أوْ [٢/٣٤٠ظ] باليَمَنِ، أوْ في بلدٍ مِن البلدانِ غيرِ البلدِ الذي كانَ تكلَّمَ بهذا فيه، ونوَىٰ باللَّيلِ إنْ كانَ تكلَّم بالنهارِ، وإنْ تكلَّمَ باللَّيلِ نوَىٰ أنَّهُ لَمْ يَتَكَلَّمْ به بالنهارِ، أوْ نوىٰ في دارِ فلانٍ، أوْ في المسجدِ الجامعِ، أوْ في شَهْرِ رمضانَ، أوْ ما أشبَه هذا». والبَاقِي يُعْلَمُ في كتابِ «**الحِيَلِ**».

قولُه: (قَالَ: وَيُسْتَحْلَفُ الْيَهُودِيُّ: بِاللهِ الَّذِي أَنْزَلَ التَّوْرَاةَ عَلَىٰ مُوسَىٰ، وَالنَّصْرَانِيُّ: بِاللهِ الَّذِي أَنْزَلَ الْإِنْجِيلَ عَلَىٰ عِيسَىٰ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «**مختصرِه**»(٢).

وقال القُدُورِيُّ في «شرحِ كتابِ الاستحلافِ»: «قالَ أبو يوسفَ: قالَ أبو حَنِيفَةَ رضي الله عنه: أهلُ الذِّمَّةِ، وأهلُ الإسلامِ، والعبدُ التاجرُ، والمُكَاتَبُ، والصَّبِيُّ [١٢/١٢٦و/د] التاجرُ، والمرأةُ فيما ادَّعَوا، أو ادُّعِيَ عليهم سواءٌ.

أَمَّا الذِّمِّيُّ: فإنَّه لَا يُفارِقُ المسلمَ في أحكامِ المُعَامَلَاتِ، ولأنَّهم محمولونَ

---

(١) **ما بين المعقوفتين:** زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٢) **ينظر:** «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢١٦].

....

علىٰ أحكامِنا إلَّا ما اسْتُثْنِيَ بعَقْدِ الأَمانِ.

وأمَّا العبدُ التاجرُ: فلأنه ممَّن يصحُّ إقرارُه، فجازَ أنْ يُسْتَحْلَفَ، وكذلك الصَّبِيُّ التاجرُ علىٰ أصْلِنا؛ إذِ الإذْنُ في التِّجَارَةِ لهُ جائزٌ، فيَصِيرُ كالعبدِ المَأْذُونِ، والمُكَاتَبِ في يدِ نفسِه، فهوَ في بابِ المُعَامَلَاتِ كالحُرِّ، والمرأةُ لَا تُفَارِقُ الرجالَ في بابِ التصرُّفِ، فجَرَيَا مَجْرًىٰ واحدًا». إلىٰ هنا لفْظُ القُدُورِيِّ.

وقالَ في «شرح الطَّحَاوِيِّ»: «ويُسْتَحْلَفُ النَّصْرَانِيُّ: باللهِ الذي أنزلَ الإنجيلَ علىٰ عيسىٰ، ويُسْتَحْلَف اليَهُودِيُّ: بالله الذي أنزل التوراةَ علىٰ مُوسَىٰ، ولا يُسْتَحْلَف المَجُوسِيُّ: باللهِ الذي خلَقَ النارَ، وعندَ محمدٍ رحمه الله: يُسْتَحْلَفُ باللهِ الذي خلقَ النارَ، ولا يُسْتَقْبَلُ بهِ القبلةَ، ولا يدْخُلُ المسجدَ، ولا يدْخُلُ الكعبةَ، ولا الكنيسةَ، ولا بيتَ النارِ»[1]. إلىٰ هنا لفْظُ الإمامِ الأَسْبِيْجَابيِّ رحمه الله في «شرحِ الطَّحَاوِيِّ».

وقالَ في «الأجناسِ»: قالَ في «المجرَّدِ»: قالَ أبو حَنِيفَةَ رضي الله عنه: إنْ لَمْ يتَّهِمْه القاضي؛ اقتصرَ علىٰ قولِه: بالله الذي لَا إلهَ إلَّا هوَ، وإنِ [٨٦/٦و/م] اتهَمَه: حلَّفَه بالله الذي لَا إله إلَّا هوَ عالمِ الغيبِ [١٢٦/١٢ظ/د] والشَّهَادَةِ، الرحمنِ الرحيمِ، الذي يَعْلَمُ مِن السِّرِّ ما يَعْلَمُ مِنَ العَلَانِيَةِ، الذي يعْلَمُ خائنةَ الأَعْيُنِ وما تُخْفِي الصدورُ في حقِّ المسلمينَ.

وأمَّا في حقِّ اليهودِ: يُحَلَّف باللهِ الذي أنزلَ التوراةَ علىٰ مُوسَىٰ، وفي حقِّ النَّصَارَىٰ: بالله الذي أنزل الإنجيلَ علىٰ عيسىٰ ابن مريم، وإنْ كانَ مجوسيًّا: بالله الذي خلقَ النارَ، ويُحَلَّف غيرُهم مِن أهلِ الشركِ: باللهِ تعالىٰ، ولا يُحَلَّفُ في كنيسةِ اليهودِ، ولا بَيْعَةِ النَّصَارَىٰ، ولا بيتِ نارِ المَجُوسِيِّ، وإنما يَسْتَحْلِفُه عندَ

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابيِّ [ق/٤٢٠].

....

غاية البيان

القاضي»[١]. ونقلَهُ عن أدبِ القاضي «الأصل»[٢].

والأصلُ: أن فائدةَ اليَمينِ: النُّكُولُ الذي هوَ إِقْرَارٌ أوْ بَذْلٌ، والكافرُ يصحُّ منه الإِقْرَارُ والبذْلُ، فيتوجَّهُ عليْهِ اليَمينُ كما في المسلمِ، وكلُّ ذي دِينٍ يعتقدُ الحرمةَ لمعبودِهِ، فيَمْتَنِعُ مِن الإقدامِ علىٰ ما فيهِ هَتْكُ حرمةِ معبودِهِ، والكافرُ يمْتَنِعُ مِنَ اليَمِينِ الكاذبةِ، فيَحْصُلُ ما هوَ المطلوبُ، كما في حقِّ المسلم، غير أنَّ المسلمَ يُغَلَّظُ عليْهِ اليَمِينُ بنحوِ ما قلْنا، واليَهُودِيُّ يُغَلَّظُ عليْهِ: باللهِ الذي أنزلَ التوراةَ علىٰ مُوسَىٰ؛ لأنَّهُ يُقِرُّ بنبوَّةِ مُوسَىٰ، ويَعْتَقِدُ الحرمةَ لهُ.

ألَا ترىٰ إلىٰ ما رُوِيَ في «السننِ»: مسندًا إلىٰ الْبَرَاءِ بْنِ عَازِبٍ رضي الله عنه قَالَ: «مُرَّ عَلَىٰ [١٢/١٢٧و/د] النَّبِيِّ ﷺ بِيَهُودِيٍّ مُحَمَّمٍ، فَدَعَاهُمْ فَقَالَ: «**هَكَذَا تَجِدُونَ حَدَّ الزَّانِي؟**» فَقَالُوا: نَعَمْ، فَدَعَا رَجُلًا مِنْ عُلَمَائِهِمْ فَقَالَ: «**نَشَدْتُكَ بِاللهِ الَّذِي أَنْزَلَ التَّوْرَاةَ عَلَىٰ مُوسَىٰ، أَهَكَذَا تَجِدُونَ حَدَّ الزَّانِي فِي كِتَابِكُمْ؟**» فَقَالَ: اللهُمَّ لَا، وَلَوْلَا أَنَّكَ نَشَدْتَنِي بِهَذَا لَمْ أُخْبِرْكَ، نَجِدُ حَدَّ الزِّنَا[٣] فِي كِتَابِنَا الرَّجْمَ، وَلَكِنَّهُ كَثُرَ فِي أَشْرَافِنَا، فَكُنَّا إِذَا أَخَذْنَا الرَّجُلَ الشَّرِيفَ تَرَكْنَاهُ [٢/٣٤١و]، وَإِذَا أَخَذْنَا الضَّعِيفَ أَقَمْنَا علَيْهِ الْحَدَّ، فَقُلْنَا: تَعَالَوْا نَجْتَمِعُ عَلَىٰ شَيْءٍ نُقِيمُهُ عَلَىٰ الشَّرِيفِ وَالْوَضِيعِ، فَاجْتَمَعْنَا عَلَىٰ التَّحْمِيمِ وَالْجَلْدِ، وَتَرَكْنَا الرَّجْمَ، فقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «**اللهُمَّ إِنِّي أَوَّلُ مَنْ أَحْيَا أَمْرَكَ إِذْ[٤] أَمَاتُوهُ**»، فَأَمَرَ بِهِ، فَرُجِمَ»[٥].

---

(١) ينظر: «الأجناس» للناطفي [٢/٢١٨].

(٢) مضىٰ قريبًا أن باب أدب القاضي مفقود مِن طبعات: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» لمحمد بن الحسن.

(٣) أشار في حاشية الأصل: إلىٰ أنَّهُ وقع في بعض النسخ: «الزَّانِي». بدل: «الزنا». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «ن»، و«غ»، و«م»، و«ض»، و«تح».

(٤) وقع بالأصل: «إذا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «سنن أبي داود».

(٥) أخرجه: مسلم في كتاب الحدود/ باب رجم اليهود أهل الذمة في الزنىٰ [رقم/ ١٧٠٠]، وأبو داود=

. . . .

وهذا الحديثُ حجَّةٌ لأبي يوسفَ رحمه الله في رَجْمِ الكافرِ علىٰ أبي حَنِيفَةَ ومحمدٍ رحمهما الله.

وجوابُهما: أنَّهُ نُسِخَ ؛ لأنَّهُ كانَ بحُكْمِ التوراةِ ، وقدْ مَرَّ في الحُدُودِ.

والنَّصْرَانِيُّ يُحَلَّفُ: باللهِ الذي أنزلَ الإنجيلَ علىٰ عيسىٰ ؛ لأنَّ النَّصْرَانِيَّ يُقِرُّ بنبُوَّةِ عيسىٰ عليه السلام ويعتَقِدُ الحرمةَ له ، وإنِ اختلفوا فيما بينهم أنَّهُ ابنُ الله ، أو المسيحُ هوَ اللهُ ، أوْ ثالثُ ثلاثةٍ ؛ فيَمْتَنِعُ مِنَ الإقدامِ علىٰ اليَمِينِ الكاذبةِ ، فيَحْصُلُ ما [٦/٨٦ظ/م] هوَ المَقْصُودُ.

وأمَّا المَجُوسِيُّ: فهلْ يُحَلَّفُ باللهِ الذي خلقَ النارَ؟ قالَ محمدٌ: يُحَلَّف ، وذلك لأنَّه يعتقدُ الحرمةَ في النارِ ، فيَمْتَنِعُ مِنَ اليَمِينِ الكاذبةِ ، فيَحْصُلُ المَقْصُودُ ، وقدْ ذكَرَه في «**الأصلِ**» ، و«**شرْحِ الطَّحَاوِيِّ**» ، ومَرَّ ذلك آنفًا.

وقال الخَصَّافُ في «أدبِ القاضي»: «ويُحَلَّفُ غيرُ اليَهُودِيِّ والنَّصْرَانِيِّ مِنْ أهلِ الشركِ: باللهِ تعالىٰ»[(١)] ؛ لِمَا رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم أنَّهُ قَالَ: «**مَنْ كانَ مِنْكُمْ حَالِفًا** [١٢/١٢٧ظ/د] ؛ **فَلْيَحْلِفْ بِاللهِ**»[(٢)].

وإذا كانَ كذلكَ: يُحَلَّف باللهِ ، لَا بذِكْرِ النارِ ونحوِها ؛ لأنَّ في ذِكْرِ النارِ تعظيمَها ، بخلاف ذِكْرِ التوراةِ والإنجيلِ ؛ لأنَّ كُتُبَ اللهِ معظَّمةٌ ، وإليه ذهبَ بعضُ مشايخِنا.

وقالَ في «شرحِ الأقطعِ»: «وأمَّا الصَّابِئَةُ: فإنْ كانُوا يؤمنونَ بإدريسَ عليه السلام ؛ استُحْلِفُوا بالذي أنزلَ الصحُفَ علىٰ إدريسَ عليه السلام ، وإنْ كانوا يعبدونَ الكواكبَ ؛

= في كتاب الحدود/ باب في رجم اليهوديين [رقم/٤٤٤٨] ، وابن ماجه في كتاب الحدود/ باب رجم اليهودي واليهودية [رقم/٢٥٥٨] ، من حديث البَرَاءِ بْنِ عَازِبٍ رضي الله عنه به.

(١) ينظر: «أدب القاضي/ مع شرح الصدر الشهيد» للخَصَّاف [٢/٢٠٢].

(٢) مضىٰ تخريجه.

لِقَوْلِهِ ﷺ لِابْنِ صُورِيَّا الْأَعْوَرِ: «أَنْشُدُكَ بِاللهِ الَّذِي أَنْزَلَ التَّوْرَاةَ عَلَىٰ مُوسَىٰ أَنَّ حُكْمَ الزِّنَا فِي كِتَابِكُمْ هَذَا». وَلِأَنَّ الْيَهُودِيَّ يَعْتَقِدُ نُبُوَّةَ مُوسَىٰ، وَالنَّصْرَانِيُّ نُبُوَّةَ عِيسَىٰ ﷺ، فَيُغَلَّظُ عَلَىٰ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِذِكْرِ الْمُنَزَّلِ عَلَىٰ نَبِيِّهِ.

وَيَحْلِفُ الْمَجُوسِيُّ بِاللهِ الَّذِي خَلَقَ النَّارَ، وَهَكَذَا ذَكَرَ مُحَمَّدٌ ﷺ فِي الْأَصْلِ. وَيُرْوَىٰ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ أَنَّهُ لَا يَسْتَحْلِفُ أَحَدًا[١] إِلَّا بِاللهِ خَالِصًا.

وَذَكَرَ الْخَصَّافُ أَنَّهُ لَا يُسْتَحْلَفُ غَيْرُ الْيَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ إِلَّا بِاللهِ، وَهُوَ اخْتِيَارُ بَعْضِ مَشَايِخِنَا؛ لِأَنَّ فِي ذِكْرِ النَّارِ مَعَ اسْمِ اللهِ تَعْظِيمًا، وَمَا يَنْبَغِي أَنْ تُعَظَّمَ، بِخِلَافِ الْكِتَابَيْنِ؛ لِأَنَّ كُتُبَ اللهِ تَعَالَىٰ مُعَظَّمَةٌ.

وَالْوَثَنِيُّ لَا يُحَلَّفُ إِلَّا بِاللهِ؛ لِأَنَّ الْكَفَرَةَ بِأَسْرِهِمْ يَعْتَقِدُونَ اللهَ تَعَالَىٰ، قَالَ اللهُ تَعَالَىٰ: ﴿وَلَئِن سَأَلْتَهُم مَّنْ خَلَقَهُمْ لَيَقُولُنَّ اللَّهُ﴾.

استُحْلِفُوا باللهِ الذي خلَقَ الكواكبَ»[٢].

قولُه: (لِابْنِ صُورِيَّا)، هوَ بالقَصْر، اسمٌ أعجميٌّ.

قولُه: (أَنْشُدُكَ بِاللهِ تَعَالَىٰ)، يُقَالُ: نشَدْتُه اللهَ، ونشَدْتُه باللهِ نِشْدةً. أي: ذكَّرْتُه، ونشَدْتُ الضالةَ نِشْدانًا: طلبْتُها.

قولُه: (فِي كِتَابِكُمْ هَذَا)، أي: التَّحْميم.

قولُه: (وَالْوَثَنِيُّ لَا يُحَلَّفُ إِلَّا بِاللهِ)، لأنَّ الكفَرةَ بأَسْرِهم يعتقدونَ اللهَ تعالىٰ.

والدليلُ علىٰ ذلك: قوله تعالىٰ: ﴿وَلَئِن سَأَلْتَهُم مَّنْ خَلَقَهُمْ لَيَقُولُنَّ اللَّهُ﴾ [الزخرف: ٨٧].

---

(١) فِي حاشية الْأَصْل: «خ: لَا يُستحلَفُ أحدٌ».

(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٢٧١].

قَالَ: وَلَا يُحَلَّفُونَ فِي بُيُوتِ عِبَادَتِهِمْ؛ لِأَنَّ الْقَاضِيَ لَا يَحْضُرُهَا بَلْ هُوَ مَمْنُوعٌ عَنْ ذَلِكَ.

غاية البيان

وَلَا يُقَالُ: لوْ كانُوا يعتقدونَ اللهَ تعالىٰ لَمْ يعْبُدُوا الأوثانَ.

لِأَنَّا نَقُولُ: إنَّما يعبدونها تقرُّبًا إلىٰ الله تعالىٰ علىٰ زَعْمِهم! ألا ترىٰ إلىٰ قوله تعالىٰ: ﴿مَا نَعْبُدُهُمْ إِلَّا لِيُقَرِّبُونَآ إِلَى ٱللَّهِ زُلْفَىٰٓ﴾ [الزمر: ٣].

فإذا ثبَتَ أنَّهم يعتَقِدونَ اللهَ تعالىٰ: يمْتَنِعونَ عنِ الإقدام علىٰ اليَمِينِ الكاذبةِ باللهِ تعالىٰ، فتحْصُلُ الفائدةُ المطلوبةُ مِن اليَمِينِ، وهي النُّكُولُ.

قولُه: (وَلَا يُحَلَّفُونَ فِي بُيُوتِ عِبَادَتِهِمْ)، هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في [١٢/١٢٨و/د] «مختصرِهِ»[١]، وذلكَ لأنَّ فيهِ تعظيمَ ذلكَ المكانِ، ولأنَّه يُكْرَهُ للقاضي حضورُ ذلكَ المكانِ، والحَلِفُ يقَعُ باللهِ تعالىٰ لَا بالمكانِ، ففي أيِّ مكانٍ حلَّفَه جازَ.

قالَ في «الأجناسِ»: «قالَ في «المأخوذِ»[٢] للحسَنِ: «وإنْ سألَ المُدَّعِي القاضيَ أنْ يَبْعَثَ به إلىٰ بَيْعَةٍ، أوْ كنيسةٍ، فيُحَلِّفُه هناك؛ فلَا بأسَ أنْ يَفْعَلَهُ إذا اتَّهَمَه».

وقالَ في «الأجناسِ» أيضًا: «قالَ في «المجردِ»: لَا يَنْبَغِي للقاضي أنْ يُحَلِّفَ المُدَّعِيَ أنَّ شهودَه قدْ شَهِدُوا بالحقِّ، ولا شهودَه أنَّهم يشْهَدُونَ بحقٍّ»[٣].

ورأيتُ في «محيطِ [٦/٨٧و/م] شمسِ الأئمةِ الحَلْوَانِيِّ»: «واستحلافُ الأخرسِ: أنْ يَقُولَ القاضي: عليكَ عهْدُ اللهِ إنْ كانَ لهذا عليكَ هذا الحقُّ، ويُشِيرُ الأخرسُ برأسِه أيْ: نعَم، ولَا يُسْتَحْلَفُ باللهِ: ما لهذا عليكَ حَقٌّ، فيُشِيرُ [٢/٣٤١ظ] الأخرسُ برأسِه أيْ: نعَم؛ لأنَّ الْإِشَارَةَ مِنَ الأخرسِ إذا كانَتْ معروفةً مِنَ النفْيِ

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢١٦].
(٢) اسمُه كاملًا: «المأخوذ به» ويُلَقَّب بـ«المأمونية». مِن تصانيف الحَسن بن زياد اللؤلؤي. ينظر: «كشف الظنون» لحاجي خليفة [٢/١٥٧٤].
(٣) ينظر: «الأجناس» للناطفي [٢/٢١٩].

قَالَ: وَلَا يَجِبُ تَغْلِيظُ الْيَمِينِ عَلَى الْمُسْلِمِ بِزَمَانٍ وَلَا مَكَان؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ تَعْظِيمُ الْمُقْسَمِ بِهِ وَهُوَ حَاصِلٌ بِدُونِ ذَلِكَ، وَفِي إِيجَابِ ذَلِكَ حَرَجٌ عَلَى الْقَاضِي؛ حَيْثُ يُكَلَّفُ حُضُورَهَا وَهُوَ مَدْفُوعٌ.

غاية البيان

والإثباتِ؛ بمنزلةِ العبارةِ مِنَ الناطقِ في سائرِ الأحكامِ، فكذا في حقِّ الحَلِفِ[١].

والقاضي لوِ استحلَفَ الناطقَ باللهِ: ما لهذا عليكَ ألفُ درهمٍ، فقالَ: نعم؛ لَا يَكُونُ يمينًا؛ لأنَّهُ يَصِيرُ كأنَّه قالَ: احْلِفْ، وذلكَ لَا يَكُونُ يمينًا، فكذلكَ الأخرسُ، ولو قالَ: عليكَ عهْدُ اللهِ، فقالَ: نعَم؛ يَكُونُ يمينًا؛ لأنَّهُ يَصِيرُ كأنَّه قالَ: عَلَيَّ عهْدُ اللهِ إنْ كانَ لهذا عَلَيَّ كذا».

قولُه: (قَالَ: وَلَا يَجُوزُ تَغْلِيظُ الْيَمِينِ عَلَى الْمُسْلِمِ بِزَمَانٍ وَلَا مَكَان)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «**مختصرِه**»[٢].

وعند الشَّافِعِيِّ رضي الله عنه: يُغَلَّظُ بالمكانِ والزمانِ[٣].

أمَّا المكانُ: فإنه يُحَلَّفُ بين الرُّكْنِ والمقامِ بمكةَ، وعندَ مِنْبَرِ رسولِ اللهِ ﷺ بالمدينةِ، وعندَ الصخرةِ ببيتِ المقدسِ، وفي الجوامعِ في سائرِ البلادِ.

وأمَّا الزمانُ: فبعدَ العصرِ.

وهذا التغليظُ فيما ليسَ بمالٍ كَالنِّكَاحِ، والطَّلَاقِ، والعَتَاقِ، والنَّسَبِ، والرَّجْعَةِ، والقتلِ، والجرْحِ.

وأمَّا المالُ: إذا كانَ قَدْرُه عشرينَ دينارًا، أوْ أكثرَ؛ غُلِّظَتِ اليَمِينُ بالمكانِ

(١) وقع بالأصل: «حق الحالف». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢١٦].
(٣) ينظر: «بحر المذهب» للروياني [١٠/٣٣٧]. و«العزيز شرح الوجيز» للرافعي [٩/٤٠٣]. و«كفاية النبيه شرح التنبيه» لابن الرفعة [١٤/٣٦٠].

....

والزمانِ. كذا في «مختصرِ الأسرارِ».

وقالَ في كتابِ «التفريع» لأصحابِ مالكٍ رضي الله عنهم: «ويُحَلَّفُ الناسُ في المساجدِ، ولا يُحَلَّفُ عندَ مِنبَرٍ مِنَ المنابرِ إلَّا عندَ مِنبَرِ رسولِ اللهِ ﷺ، ولا يُحَلَّفُ عندَه إلَّا على[1] رُبعِ دينارٍ فصاعدًا، ويُحَلَّفُ على أقلّ مِنْ ذلكَ في [١٢/١٢٨ظ/د] سائرِ المساجدِ، وإذا وجبَتْ يَمِينٌ على امرأةٍ؛ أُحْلِفَتْ في المسجدِ ليلًا إنْ كانَتْ ممنْ لَا تخْرُجُ نهارًا، ويُحَلَّف اليَهُودِيُّ والنَّصْرَانِيُّ حيثُ يُعَظِّمان مِنَ الكنيسةِ والبَيْعَةِ، ولا يُحَلَّفانِ [إلا][2] باللهِ عز وجل»[3]. إلى هنا لَفْظُ كتابِ «التفريعِ».

وقالَ في كتابِ «المستوعبِ» للحنابلةِ: «وأمَّا التغليظُ بالزمانِ: فإنه يُحَلِّفُه بعدَ صلاةِ العصرِ، أوْ بيْنَ الأَذَانِ والإقامةِ، وأمَّا التغليظُ بالمكانِ: فبِمَكةَ: بينَ الرُّكْنِ والمقامِ، وبالمدينةِ: عند مِنْبَرِ النبيِّ ﷺ، وفي بيتِ المقدسِ: عندَ الصخرةِ، وفي بقيَّةِ البلادِ: عندَ المنبرِ في الجامعِ، ويُحَلَّفُ أهلُ الذِّمَّةِ في المواضعِ [٦/٨٧ظ/م] التي يُعَظِّمُونها، ويَتَوَقَّوْن أنْ يحْلِفُوا فيها كاذِبينَ».

ثُمَّ قالَ فيه: «ولا تُغَلَّظُ اليَمِينُ إلَّا فيما لهُ خطَرٌ، مِثْل: الجناياتِ، والحُدُودِ، والعَتَاقِ، والطَّلَاقِ، ونحوِ ذلكَ، وفي المالِ الذي يجبُ فيهِ الزكاةُ، وقيلَ: فيما تُقْطَعُ فيهِ يدُ السارقِ»[4]. إلى هنا لَفْظُ «المستوعبِ».

ومذهبُ سُفْيَانَ الثَّوْرِيِّ كمذهبِنا. نقلَه هكذا بعضُ أصحابِ مالكٍ رضي الله عنه.

وجْهُ قولِهم: ما رُوِيَ عن جابرٍ رضي الله عنه: أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ حَلَفَ عَلَى

(١) وقع بالأصل: «إلا عند». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«تح»، و«م»، و«غ»، و«ض».

(٣) ينظر: «التفريع في فقه الإمام مالك بن أنس» لابن الجلاب [٢/١٩١].

(٤) ينظر: «المستوعب» لنصير الدين السامري [٢/٦٢٠ - ٦٢١].

. . . .

مِنْبَرِي هَذَا بِيَمِينٍ كَاذِبَةٍ؛ تَبَوَّأَ مَقْعَدَهُ مِنَ النَّارِ»(١)، ولأنه مَعْنًى يَتَغَلَّظُ به يَمِينُ [١٢/١٢٩و/د] أحدِ المتداعِيَيْنِ؛ فجازَ للحاكمِ أنْ يُغَلِّظَها بهِ، كالتأكيدِ باللفظِ.

ولنا قولُه عليه السلام: **«البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»**(٢). رواهُ محمدٌ في كتابِ الشهاداتِ مِنَ **«الأصلِ»**(٣)، في بابِ الاستحلافِ: عن أبي يوسفَ، عن الحَجَّاجِ بْنِ أَرْطَاةَ، عن عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ رضي الله عنه، عَنْ رَسُولِ اللهِ صلى الله عليه وسلم(٤).

بيانُه: أَنَّ النَّبِيَّ صلى الله عليه وسلم أطلقَ اليَمِينَ ولَمْ يُقَيِّدْه بزمانٍ ولا مكانٍ، فَعُلِمَ: أنَّ ذلك ليسَ بشَرْطٍ، ولأَنَّ اليَمِينَ حُجةٌ لأحدِ الخصْمَيْنِ، فلَا يختصُّ بزمانٍ ولا مكانٍ [كَالبَيِّنَةِ، ولأَنَّ اليَمِينَ في المالِ القليلِ لَا يختصُّ بزمانٍ ولا مكانٍ](٥)، فكذلكَ المالُ العظيمُ؛ لأنَّ كلَّ ذلكَ حَقٌّ يجبُ على المُدَّعَى عليْهِ باليمينِ [٢/٣٤٢و]، ولأَنَّ اليَمِينَ وُضِعَتْ لقَطْعِ الخُصُومَةِ، فلَا تَتَغَلَّظُ بزمانٍ ولا مكانٍ، كحُكْمِ الحاكمِ، وإقامةِ البَيِّنَةِ.

يُوضِّحُه: أنَّ البَيِّنَةَ تُسْتَحِقُّ بها، واليَمِينُ لَا يُسْتَحقُّ بها شيءٌ، فإذا لَمْ تَتَغَلَّظُ البَيِّنَةُ بزمانٍ ولا مكانٍ؛ فاليَمِينُ أَوْلَى.

---

(١) أخرجه: مالك في «الموطأ» [٢/٧٢٧]، وعنه الشافعي في «مسنده/ ترتيب السندي» [رقم/٧٤١]، وأبو داود في كتاب الأيمان والنذور/ باب ما جاء في تعظيم اليمين عند منبر النبي صلى الله عليه وسلم [رقم/٣٢٤٦]، وابن ماجه في كتاب الأحكام/ باب اليمين عند مقاطع الحقوق [رقم/٢٣٢٥]، والنسائي في «السنن الكبرى» في كتاب القضاء/ اليمين على المنبر [رقم/٦٠١٨]، والحاكم في «المستدرك على الصحيحين» [٤/٣٢٩]، من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه به.

قال الحاكم: «هذا حديث صحيح الإسناد».

(٢) مضى تخريجه.

(٣) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٧/٥٧٣/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٤) مضى تخريجه من هذا الطريق.

(٥) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

قَالَ: وَمَنِ ادَّعَىٰ أَنَّهُ ابْتَاعَ مِنْ هَذَا عَبْدَهُ بِأَلْفٍ فَجَحَدَ؛ اسْتُحْلِفَ بِاللهِ تَعَالَىٰ مَا بَيْنَكُمَا بَيْعٌ قَائِمٌ فِيهِ، وَلَا يُسْتَحْلَفُ: بِاللهِ مَا بِعْتَ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يُبَاعُ الْعَيْنُ ثُمَّ [٧٠/ظ] يُقَالُ فِيهَا(١).

غاية البيان

والجوابُ عنْ حديثِ الخصْمِ نقولُ: ذاكَ وأمثالُه يَدُلُّ علىٰ تأكُّدِ حُكْمِ اليَمِينِ علىٰ مِنْبَرِه ﷺ، وعِظَمِ المأْثَمِ، لَا أَنَّهُ شَرْطٌ في اليَمِينِ.

والجوابُ عنْ معقولِهم قلْنا: نحنُ نقولُ بمُوجبِه؛ لأنَّ عندنا: للحاكمِ فِعْلُه إنْ رأىٰ ذلكَ، وإنما الخلافُ في كونِه واجبًا أوْ سُنَّةً، فإنِ ادَّعَوا ذلكَ؛ فلَا نُسَلِّمُ ذلك في الأصلِ؛ فإنَّ ذلكَ التغليظَ علىٰ ما يَرَاهُ القاضي، كما في مسألتِنا.

علىٰ أنَّا نَقُولُ: لَمْ يُرْوَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ حَلَّفَ أحدًا عند مِنْبَرِه، أوْ بيْن الرُّكْنِ والمقامِ، وإنما كانَتِ الأَيْمانُ بحَضْرَتِه، وهذا دليلٌ علىٰ [١٢/١٢٩ظ/د] أنَّ التَّحْلِيفَ عند المنبرِ ليسَ بشَرْطٍ.

والفِقْهُ في ذلكَ: أنَّ المَقْصُودَ مِن ذِكْرِ اسمِ اللهِ تعالىٰ في اليَمِينِ: تعظيمُ المُقْسَمِ بهِ، والتعظيمُ [٦/٨٨و/م] حاصلٌ بلَا اشتراطِ مكانٍ ولا زمانٍ، علىٰ أنَّ في اشتراطِ الزمانِ والمكانِ حرَجًا علىٰ القاضي في الحضورِ، والحرَجُ مدفوعٌ شرعًا، فلَا يُشْتَرطُ.

قولُه: (**قَالَ: وَمَنِ ادَّعَىٰ أَنَّهُ ابْتَاعَ مِنْ هَذَا عَبْدَهُ بِأَلْفٍ فَجَحَدَ؛ اسْتُحْلِفَ بِاللهِ تَعَالَىٰ مَا بَيْنَكُمَا بَيْعٌ قَائِمٌ فِيهِ، وَلَا يُسْتَحْلَفُ: بِاللهِ مَا بِعْتَ**)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «**مختصرِه**»(٢).

قالَ الإمامُ الأَسْبِيجَابيُّ في «شرْحِ الطَّحَاوِيِّ»: «وإنما يُحَلَّفُ علىٰ صورةِ إنكارِ المُنْكَرِ عندَ أبي حَنِيفَةَ ومحمدٍ رضي الله عنهما، وعندَ أبي يوسفَ رضي الله عنه: يُحَلَّفُ علىٰ

(١) فِي حاشية الأَصْل: «خ: فيه».
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢١٦].

. . . .

صورةِ دعوىٰ المُدَّعِي، لَا [علىٰ][1] صورةِ إنكارِه، إلَّا إذا كانَ يُعَرِّضُ المُنْكرَ؛ فحينئذٍ يُحَلَّفُ علىٰ صورةِ إنكارِه.

بيانُه: إذا ادَّعَىٰ عندَه وَدِيعَةً، أوْ قرْضًا، أوْ غَصْبًا، أوْ ما أشبَه ذلك، وهوَ يُنْكِرُ ويَقُولُ: ليسَ علَيَّ شيءٌ؛ فإنَّ عند أبي حَنِيفَةَ ومحمدٍ رضي الله عنهما: يُحَلَّف علىٰ صورةِ إنكارِه باللهِ: ليسَ لهُ عليك شيءٌ مِنْ هذا المالِ الذي يدَّعِيه عليكَ، وفي الوَدِيعَةِ يُحَلَّفُ باللهِ: ما لهُ قِبَلك هذا المالُ الذي يَدَّعِيه عليكَ، ولا شيءٌ منه، ولا بدلُه، ولا بدَلُ جزءٍ منه.

وعندَ أبي يوسفَ: يُحَلَّفُ باللهِ: ما أودَعه، ولا باعَه، ولا أقرَضَه، إلَّا إذا قالَ المُنْكِرُ للقاضي [١٢/١٣٠و/د]: الرَّجُلُ قد يُقْرِضُ، أوْ يُودِعُ، ثُمَّ يَسْتَرِدُّ، وكذلكَ يَبِيعُ، ثم يفْسَخُ، فإذا عرَّضَ للقاضي بمِثْلِ هذا؛ فحينئذٍ يُحَلَّفُ علىٰ ما يُنْكِرُ، وفي البَيْعِ يُحَلَّفُ باللهِ تعالىٰ: ما بينكَ وبينَه هذا البَيْعُ الذي ادَّعاهُ قائمًا الساعةَ عندَ محمدٍ رحمه الله، ولا يُحَلَّفُ باللهِ ما باعَه.

وكذلكَ عندَ أبي يوسفَ رحمه الله: إذا عرَّضَ المُدَّعِي للقاضي، ولوْ أنَّ امرأةً ادَّعَتْ علىٰ رَجُلٍ أنَّهُ طَلَّقَها ثلاثًا، وهوَ يُنْكِرُ؛ فإنَّه لَا يُحَلَّفُ باللهِ ما طَلَّقَها ثلاثًا؛ لأنَّهُ يَجُوزُ أنْ يُطَلِّقَها ثلاثًا، ثُمَّ عادَتْ إليهِ بعدَ زوْجٍ آخرَ، ولكنَّهُ يُحَلَّفُ باللهِ: ما طَلَّقَها في النِّكَاحِ الَّذي بينكما ثلاثًا.

وكذلكَ إذا ادَّعَتْ أَمَةٌ علىٰ مولاها أنَّهُ أعتَقَها؛ فإنَّه لَا يُحَلَّفُ باللهِ ما أعتَقَها؛ لأنَّهُ يَجُوزُ أنْ يُعْتِقَها، ثُمَّ ارتدَّتْ ثُمَّ لَحِقَتْ بدارِ الحربِ، ثُمَّ سُبِيَتْ، ولكنْ يُحَلَّفُ باللهِ: ما أعتَقَها في الرِّقِّ القائمِ في الحالِ في مِلْكِه هذا، وهذا فيمَنْ سُبِيَ بعدَ

---

(١) **ما بين المعقوفتين:** زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «شرح الطَّحَاوِيّ» للأَسْبِيْجَابيّ [٢/ق١٧٧/ب/ مخطوط مكتبة شهيد علي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٨١٦)].

....

غاية البيان

الحُرِّيَّةِ، كالعبدِ إذا كانَ ذِمِّيًا، أوْ صغيرًا، أوْ أَمَةً، فأَمَّا إذا كانَ العبدُ [كبيرًا][1] مسلمًا؛ فإنه يُحَلَّفُ باللهِ: ما أعتَقَه؛ لأنَّهُ بعدَ الحُرِّيَّةِ لَا يَسْتَحِقُّ رقبتَه.

ولوِ ادَّعَىٰ رَجُلٌ علىٰ امرأةٍ نكاحًا، أو ادَّعَتِ المرأةُ علىٰ الزوجِ؛ فعلَىٰ قولِ أبي حَنِيفَةَ: لَا يُسْتَحْلَفُ [٦/٨٨ظ/م]، وعندهما: يُسْتَحْلَفُ، ثُمَّ عندَ أبي يوسفَ: يُحَلَّفُ علىٰ صورةِ دعوىٰ [١٢/١٣٠ظ/د] المُدَّعِي، وعندَ محمَّدٍ [٢/٣٤٢ظ]: يُحَلَّفُ علىٰ صورةِ إنكارِ المُنْكِرِ.

ولوِ ادَّعَىٰ رَجُلٌ علىٰ آخرَ قتْلًا خطأً؛ وجبَتْ عليْهِ الدِّيَةُ، وهوَ يُنْكِرُ وجوبَ الدِّيَةِ؛ فعندَ أبي يوسفَ ﵀: يُحَلَّفُ باللهِ: ما قتَلْتَ، وعندَ محمدٍ ﵀: يُحَلَّفُ باللهِ: ليسَ عليكَ الدِّيَةُ، ولا علىٰ عاقِلَتِك، فإنْ حَلَفَ بَرِئَ، وإنْ نَكَلَ قُضِيَ عليْهِ في مالِه دونَ العَاقِلَةِ، كما إذا أقرَّ»[2]. إلىٰ هنا لَفْظُ الإمامِ الأَسْبِيْجَابيِّ.

وقالَ القُدُورِيُّ في «شرحِ كتابِ الاستحلافِ»: «جملةُ هذا البابِ: أنَّ الدعوىٰ إذا وقعَتْ فيما يرتَفِعُ بعدَ وقوعِه، فإنَّ اليَمِينَ تقَعُ علىٰ ثبوتِ حُكْمِهِ في الحالِ، ولا يقَعُ علىٰ نفْسِ الحقِّ. هكذا روىٰ الحسنُ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﵀.

وذكرَ الخَصَّافُ: أنَّ الاستحلافَ يَقَعُ علىٰ السَّبَبِ المُدَّعَىٰ، إلَّا أنْ يُعَرِّضَ الخَصْمُ، وهوَ قولُ أبي يوسفَ، ومتىٰ كانَتِ الدَّعوىٰ فيما لَا يَرْتَفِعُ بعدَ وقوعِه أوْ لَا يتَغَيَّرُ حُكْمُه باليمينِ؛ يَقَعُ علىٰ السَّبَبِ.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «شرح الطَّحَاوِيّ» للأَسْبِيْجَابيّ [٢/ق١٧٧/أ/ مخطوط مكتبة شهيد علي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٨١٦)].

(٢) ينظر: «شرح الطَّحَاوِيّ» للأَسْبِيْجَابيّ [٢/ق١٧٧/ب/ مخطوط مكتبة شهيد علي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٨١٦)].

. . . .

قالَ أبو يوسفَ: قالَ أبو حَنِيفَةَ ﷺ: إذا ادَّعَىٰ رَجُلٌ قِبَلَ رَجُلٍ كَفَالَةً بنفسٍ، أوْ مالٍ، أو ادَّعَىٰ وَدِيعَةً، أو عَارِيَّةً، أوْ إِجَارَةً؛ فإن القاضيَ يُحَلِّفُهُ باللهِ: ما لهُ قِبَلكَ ما ادَّعاهُ، وإنِ ادَّعَىٰ بيعًا؛ لَمْ يُسْتَحْلَفْ: باللهِ ما بعْتَ، ولكنَّه يُسْتَحْلَفُ باللهِ: ما لهذا المُدَّعِي بهذا الشِّرَاءِ».

قالَ رحمه الله: «قالَ الخَصَّافُ: وأُحَلِّفُهُ باللهِ: ما [١٢/١٣١و/د] بينكَ وبينهُ بَيْعٌ قائمٌ في هذا الوقتِ.

والوجْهُ في ذلكَ: أنَّ البَيْعَ قدْ يطْرَأُ عليهِ الإِقَالَةُ، ويَتَعَقَّبُهُ الفَسْخُ، والوَدِيعَةُ قدْ يطْرَأُ عليها ما يُغَيِّرُها، والغَصْبُ قدْ يطْرَأُ عليْهِ ما يُغَيِّرُ الضَّمَانَ، فلوِ استحْلَفَه علىٰ أصْلِ الشيءِ؛ جازَ أنْ يَكُونَ قد حدَثَ ما أوْجَبَ تغْيير حُكْمِه في بعضِ الوجوهِ التي قدَّمْنا.

وإنْ حَلَفَ المُدَّعَىٰ عليْهِ علىٰ نَفْيِ أصْلِ الشيءِ؛ كانَ كاذبًا، وإنْ لَمْ يحْلِفْ وادَّعَىٰ المعنىٰ الطارِئَ؛ لَمْ يُقْبَلْ قولُه، وإنِ استَحْلَفَه الحاكمُ علىٰ ثبوتِ حُكْمِ ذلك في الحالِ؛ فقدْ وفَّىٰ المُدَّعِي حقَّه.

ألا ترىٰ أنَّهُ إنَّما يدَّعِي العَقْدَ ليُثْبِتَ أحكامَه، ولَمْ يُسْقِطْ بذلكَ حقًّا للمُدَّعَىٰ عليه؛ لأنَّهُ إنْ كانَ حدَثَ ما يُوجِبُ تغَيُّرَ الحُكْمِ؛ كانَ صادِقًا في يمينِه، ومتىٰ أمْكَنَ إيفاءُ حقِّهِما؛ كانَ أَوْلَىٰ مِنْ إيفاءِ حقِّ أحدِهما، وإسقاطِ حقِّ الآخرِ.

ووَجْهُ الروايةِ الأخرىٰ: أنَّ اليَمِينَ تُسْتَوْفَىٰ لحقِّ المُدَّعِي، فوَجَبَ أنْ تكونَ مُطابقةً لدعواهُ، وجوازُ أنْ يَكُونَ قدْ تغَيَّرَ الحُكْمُ؛ لَا معنىٰ له؛ لأنَّ ذلكَ يُرَاعَىٰ لحقِّ المُدَّعَىٰ عليه، ويُمْكِنُه أنْ يُعَرِّضَ [٦/٨٩و/م] للحاكمِ ليستدْرِكَ هذا الحقَّ، فمتىٰ لَمْ يُعَرِّضْ؛ لَمْ يَكُنْ ذلكَ حقًّا لهُ، فوَجَبَ أنْ يُعْتَبَرَ حقُّ المُدَّعِي.

وَيُسْتَحْلَفُ فِي الْغَصْبِ بِاللهِ: مَا يَسْتَحِقُّ عَلَيْكَ رَدُّهُ، وَلَا يُسْتَحْلَفُ بِاللهِ مَا غَصَبْتَ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَغْصِبُ ثُمَّ يَفْسَخُ بِالْهِبَةِ وَالْبَيْعِ.

غاية البيان

وصفةُ التعْرِيضِ: أنْ يَقُولَ المُدَّعَىٰ عليْهِ للقاضي إذا عَرَضَ عليْهِ اليَمِينَ: باللهِ ما بِعْتَ [١٢/١٣١ظ/د]، قد يَبِيعُ الإنسانُ شيئًا، ثم يُقايِلُ فيهِ؛ فحينئذٍ يَلْزَمُ القاضيَ الاستحلافُ علىٰ حُكْمِ الشيءِ في الحالِ، وصارَ العدولُ عنِ اليَمِينِ علىٰ مقتضَىٰ الدعوىٰ حقًّا للمطلوبِ حينَ طالَبَ بهِ.

وعلىٰ هذا: النِّكَاحُ إذا ادَّعَىٰ؛ لأنَّ الطَّلَاقَ يَرِدُ عليه، كما تَرِدُ الإِقَالَةُ علىٰ البَيْعِ، وجعلُوا الطَّلَاقَ كالأمْلاكِ؛ لأنَّهُ يطْرَأُ عليْهِ الرَّجْعَةُ، فإذا ادَّعَتِ المرأةُ طلاقًا؛ اسْتُحْلِفَ الرَّجُلُ باللهِ: ما هيَ بائِنٌ منكَ في الحالِ بالطلاقِ الذي ادَّعَتْهُ.

وقالُوا في الأَمَةِ: إذا ادَّعَتِ العِتْقَ علىٰ مولاها أنَّهُ لَا يُسْتَحْلَفُ باللهِ: ما أعتَقْتُها؛ لأنَّ عِتْقَ الأَمَةِ يَطْرَأُ عليْهِ ما يُغَيِّرُ حُكْمَه، ألا ترىٰ أنَّها قدْ ترْتَدُّ وتَلْحَقُ بدارِ الحربِ فتُسْبَىٰ، فيُسْتَحْلَفُ باللهِ تعالىٰ: ما هيَ حُرَّةٌ في الحالِ.

وأمَّا العبدُ إذا ادَّعَىٰ عِتْقًا علىٰ مولاه: فهُوَ علىٰ وجْهَيْنِ:

إنْ كانَ مسلمًا [٢/٣٤٣و]: اسْتُحْلِفَ الْمَوْلَىٰ باللهِ: ما أعتَقْتُه؛ لأنَّ عِتْقَه لَا يَنْفَسِخُ بعدَ وقوعِه، فلَا معنىٰ للعدولِ عما اقتضَتْه الدعوىٰ.

وإن كانَ كافرًا فهو كالأَمَةِ؛ لأنَّهُ قد يَعْتِقُ فيَنْقُضُ العهدَ، ويلْحَقُ بدارِ الحربِ فيُسْبَىٰ». إلىٰ هنا لَفْظُ القُدُورِيِّ ﷺ في «**شرحِ كتابِ الاستحلافِ**».

قولُه: (وَيُسْتَحْلَفُ فِي الْغَصْبِ بِاللهِ: مَا يَسْتَحِقُّ عَلَيْكَ رَدُّهُ، وَلَا يُسْتَحْلَفُ بِاللهِ مَا غَصَبْتَ) [١٢/١٣٢و/د]، هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «**مختصرِه**»[١]، والمعنىٰ بيَّنَّاه.

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢١٦].

وَفِي النِّكَاحِ: بِاللهِ مَا بَيْنَكُمَا نِكَاحٌ قَائِمٌ فِي الْحَالِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَطْرَأُ عَلَيْهِ الْخُلْعُ.

وَفِي دَعْوَىٰ الطَّلَاقِ: بِاللهِ مَا هِيَ بَائِنٌ مِنْكَ السَّاعَةَ بِمَا ذَكَرْتَ، وَلَا يُسْتَحْلَفُ بِاللهِ مَا طَلَّقَهَا؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ قَدْ يُجَدَّدُ بَعْدَ الْإِبَانَةِ، فَيَحْلِفُ عَلَىٰ الْحَاصِلِ فِي هَذِهِ الْوُجُوهِ، لِأَنَّهُ لَوْ حَلَفَ عَلَىٰ السَّبَبِ يَتَضَرَّرُ الْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ.

أَمَّا عَلَىٰ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ يَحْلِفُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ عَلَىٰ السَّبَبِ إِلَّا إِذَا عَرَّضَ بِمَا ذَكَرْنَا فَحِينَئِذٍ يَحْلِفُ عَلَىٰ الْحَاصِلِ.

وَقِيلَ: يَنْظُرُ إِلَىٰ إِنْكَارِ الْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ؛ إِنْ أَنْكَرَ السَّبَبَ يَحْلِفُ عَلَيْهِ، وَإِنْ أَنْكَرَ الْحُكْمَ يَحْلِفُ عَلَىٰ الْحَاصِلِ. وَالْحَاصِلُ هُوَ الْأَصْلُ عِنْدَهُمَا إِذَا كَانَ سَبَبًا يَرْتَفِعُ إِلَّا إِذَا كَانَ فِيهِ تَرْكُ النَّظَرِ فِي جَانِبِ الْمُدَّعِي فَحِينَئِذٍ يَحْلِفُ عَلَىٰ السَّبَبِ

غاية البيان

قولُه: (وَفِي النِّكَاحِ: بِاللهِ مَا بَيْنَكُمَا نِكَاحٌ قَائِمٌ فِي الْحَالِ)، هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ أيضًا[1]، وهذا علىٰ مَذْهبِهما؛ لأنَّ الاستحلافَ لَا يَجْرِي في النِّكَاحِ عندَ أبي حَنِيفَةَ[2].

قولُه: (وَفِي دَعْوَىٰ الطَّلَاقِ: بِاللهِ مَا هِيَ بَائِنٌ مِنْكَ السَّاعَةَ بِمَا ذَكَرْتَ، وَلَا يُسْتَحْلَفُ بِاللهِ مَا طَلَّقَهَا)، وهذا لَفْظُ القُدُورِيِّ أيضًا[3].

قولُه: (إِلَّا إِذَا عَرَّضَ)، قد مَرَّ آنفًا صفةُ التعْرِيضِ.

قولُه: (يَحْلِفُ عَلَىٰ الْحَاصِلِ)، أي: علىٰ ثبوتِ الحكمِ في الحالِ.

---

(١) المصدر السابق.

(٢) ينظر: «بدائع الصنائع» [٦/٢٢٩]، «تبيين الحقائق» [٤/٣٠٣]، «الجوهرة النيرة» [٢/٢١٨]، «مجمع الأنهر» [٢/٢٦٠].

(٣) المصدر السابق.

بِالْإِجْمَاعِ، وَذَلِكَ: مِثْلُ أَنْ تَدَّعِيَ مَبْتُوتَةٌ نَفَقَةَ الْعِدَّةِ، وَالزَّوْجُ مِمَّنْ لَا يَرَاهَا، أَوِ ادَّعَىٰ شُفْعَةً بِالْجِوَارِ وَالْمُشْتَرِي لَا يَرَاهَا، لِأَنَّهُ لَوْ حَلَفَ عَلَى الْحَاصِلِ يُصَدَّقُ فِي يَمِينِهِ فِي مُعْتَقَدِهِ فَيَفُوتُ النَّظَرُ فِي حَقِّ الْمُدَّعِي.

وَإِنْ كَانَ سَبَبًا لَا يَرْتَفِعُ بِرَافِعٍ فَالتَّحْلِيفُ عَلَى السَّبَبِ بِالْإِجْمَاعِ، كَالْعَبْدِ الْمُسْلِمِ إِذَا ادَّعَى الْعِتْقَ عَلَىٰ مَوْلَاهُ، بِخِلَافِ الْأَمَةِ وَالْعَبْدِ الْكَافِرِ؛ لِأَنَّهُ يُكَرَّرُ[١]

غاية البيان

قولُه: (وَذَلِكَ: مِثْلُ أَنْ تَدَّعِيَ مَبْتُوتَةٌ نَفَقَةَ الْعِدَّةِ، وَالزَّوْجُ مِمَّنْ لَا يَرَاهَا)، وذلكَ إِشَارَةٌ إلىٰ تَرْكِ النظرِ، يَعْنِي: إذا كانَ الزوجُ شافعيَّ المذْهبِ، وهوَ لَا يرىٰ نفقةَ المبتوتةِ، وادَّعَتْها عليه؛ لَا يُحَلَّفُ علىٰ الحاصلِ؛ لأنَّ الزوجَ يَكُونُ صادقًا في اعتقادِه أَنَّهُ لَا نفقةَ لها، فلَا يَمْتَنِعُ عنِ اليَمِينِ، ويكونُ فيهِ تَرْكُ النظرِ لها، بلْ يُحَلَّفُ [٦/٨٩ظ/م] علىٰ السَّبَبِ؛ لِئَلَّا يَلْزَمُ تَرْكُ النظرِ، وكذا إذا ادَّعَىٰ شُفْعَةً بالجوارِ، والمُدَّعَىٰ عليْهِ لَا يَرَاها ـ بأنْ كانَ شافِعيًّا ـ؛ لَا يُحَلَّفُ علىٰ الحاصلِ لهذا المعنىٰ، بلْ يُحَلَّفُ علىٰ السَّبَبِ.

قالَ القُدُورِيُّ في «شرحِ كتابِ الاستحلافِ»: «رُوِيَ أَنَّ رَجُلًا ادَّعَىٰ علىٰ رَجُلٍ عندَ إسماعيلَ بنِ حمَّادِ بنِ أبي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ اشْتَرَىٰ دارًا في جوارِه، وأنَّه يُطَالِبُ بِالشُّفْعَةِ فيها، وأنكرَ المُدَّعَىٰ عليْهِ الشِّرَاءَ، فأرادَ إسماعيلُ أنْ يَسْتَحْلِفَه [١٢/١٣٢ظ/د] باللهِ: ما اشْتَرَيْت، فقالَ: قد يَشْتَرِي الإنسانُ، ويُسْقِطُ الشَّفِيعُ شُفْعتَه، فأرادَ استحلافَه باللهِ: ما لهُ عليك شُفْعَةٌ في هذه الدَّارِ في الحالِ. فقالَ المُدَّعِي: إنَّ هذا يَعْتَقِدُ أَنَّ شُفْعَةَ الجوارِ غيرُ واجبةٍ، فإنِ استحلفْتَه تأوَّلَ ذلك فحلَفَ، فقال إسماعيل للمُدَّعَىٰ عليه: إنْ كانَ الأمرُ علىٰ ما يدَّعِي مِن الشِّرَاءِ؛ فقد حكمْتُ عليك بِالشُّفْعَةِ، ثم استحلَفَه باللهِ تعالىٰ: ما يسْتَحِقُّ عليك شُفْعَةً في هذه الدَّارِ في الحالِ، فامتنعَ عنِ اليَمِينِ».

(١) فِي حاشية الْأَصْل: «خ: تكرر».

الرِّقُّ عَلَيْهَا بِالرِّدَّةِ وَاللِّحَاقِ، وَعَلَيْهِ بِنَقْضِ الْعَهْدِ وَاللِّحَاقِ، وَلَا يُكَرَّرُ عَلَى الْعَبْدِ الْمُسْلِمِ.

قَالَ: وَمَنْ وَرِثَ عَبْدًا وَادَّعَاهُ آخَرُ؛ اسْتُحْلِفَ عَلَىٰ عِلْمِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا عِلْمَ لَهُ بِمَا صَنَعَ الْمُوَرِّثُ، فَلَا يَحْلِفُ عَلَى الْبَتَاتِ، فَإِنْ وُهِبَ لَهُ أَوِ اشْتَرَاهُ يَحْلِفُ عَلَى الْبَتَاتِ؛ لِوُجُودِ الْمُطْلَقِ لِلْيَمِينِ إِذِ الشِّرَاءُ سَبَبٌ لِثُبُوتِ الْمِلْكِ وَضْعًا وَكَذَا الْهِبَةُ.

غاية البيان

قولُه: (وَعَلَيْهِ بِنَقْضِ الْعَهْدِ)، أي: يُكَرِّرُ الرِّقَّ على العبدِ الكافرِ بنَقْضِ العهْدِ واللّحَاقِ بدارِ الحربِ، كما يُكَرِّرُ على الأَمَةِ، فلَا جَرَمَ يُسْتَحْلَفُ على الحاصلِ، بخلافِ العبدِ المسْلمِ؛ فإنَّهُ لَا يُكَرَّرُ الرِّقُّ عليْهِ بالسَّبْيِ، فإذا ادَّعَى العِتْقَ على مولاه؛ يُحَلَّفُ على السَّبَبِ.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ وَرِثَ عَبْدًا وَادَّعَاهُ آخَرُ؛ اسْتُحْلِفَ عَلَىٰ عِلْمِهِ)، أي: قالَ في «**الجامعِ الصغيرِ**» في كتابِ القَضَاءِ.

وصورتُها فيه: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عن أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنهم: في الرَّجُلِ يَرِثُ العبدَ، فيجيءُ رَجُلٌ فَيَزْعُمُ أَنَّهُ لهُ، ولَا بَيِّنَةَ له، على أيِّ شيءٍ يُسْتَحْلَفُ؟ قال: على عِلْمِه، وإنْ وُهِبَ لرَجُلٍ عبْدٌ وقبَضه، أو اشترَاه، وجاءَ رَجُلٌ يزعُمُ أنَّهُ له؛ فإنَّه يُسْتَحْلَفُ البتةَ»(١).

وأصلُ ذلكَ: أنَّ مَنِ ادُّعِيَ عليْهِ فِعْلٌ مِنْ جهتِه، أو ادُّعِيَ عليْهِ حَقٌّ في شيءٍ استفادَه بفِعْلِه؛ فإنَّ اليَمِينَ إذا وجَبَتْ في ذلك؛ كانَتْ [١٢/١٣٣و/د] على البَتَاتِ، وكلُّ مَنِ ادُّعِيَ عليْهِ فِعْلُ غيرِه، أوْ حَقٌّ في شيءٍ ملَكَه بغيرِ فِعْلِه، فاليَمِينُ في ذلكَ على العِلْمِ.

والأصلُ في ذلكَ: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ استحْلَفَ في القَسَامةِ: باللهِ ما قَتَلْنا، ولا عَلِمْنا

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٣٨٩].

....

لهُ قاتلًا [٣٤٣/٢ظ]، فاستحْلَفَهم على فِعْلِهم على البَتَاتِ، وعلى فِعْل غيرِهم بالعِلْمِ، ثُمَّ الوَارِثُ قائمٌ مقامَ المَوْرُوثِ، والخُصُومَةُ توجَّهَتْ إلى الميتِ، ولا عِلْمَ للوَارِثِ بما صنَعَ المُورِثُ، فيُحَلَّفُ على العِلْمِ، والمُشْتَرَى والموهوبُ لهُ يُحَلَّفانِ على فِعْلِ [٩٠/٦و/م] أنفسِهما؛ لأنَّ الشِّرَاءَ والهِبَةَ سَبَبٌ موضوعٌ للمِلْكِ شرعًا، وذلكَ يُطْلِقُ لهُ اليَمِينَ بأنه مِلْكُه، ولا مِلْكَ لغيرِه فيه، فوقَعَ اليَمِينُ على البَتَاتِ.

وقالَ الأُسْتَرُوشَنِيُّ في الفصلِ الثالثِ مِن «فصولِه»: «وأمَّا كيفيَّةُ التَّحْلِيفِ، فنَقُولُ: إنْ وقعَتِ الدعوى على فِعْلِ المُدَّعَى عليْهِ مِن كلِّ وَجْهٍ، بأنِ ادَّعَى على رَجُلٍ أنَّكَ سرَقْتَ هذا العينَ منِّي، أوْ غصَبْتَ هذا العينَ منِّي؛ يُسْتَحْلَفُ على البَتَاتِ، وإنْ وقعَتِ الدعوى على فِعْلِ الغيرِ مِنْ كلِّ وَجْهٍ؛ يُحَلَّفُ على العِلْمِ، حتى لوِ ادَّعَى دَيْنًا على ميتٍ بحَضْرةِ وارِثِه بسببِ الاستهلاكِ، أو ادَّعَى أنَّ أباكَ سرَقَ هذا العينَ منِّي، أوْ غَصَبَ هذا العينَ منِّي؛ يُحَلَّفُ على العِلْمِ، وهذا مذهبُنا.

قالَ شمسُ الأئمةِ الحَلْوَانِيُّ: «هذا الأصلُ مستقيمٌ في المسائلِ كلِّها، أنَّ التَّحْلِيفَ [١٣٣/١٢ظ/د] على فِعْلِ الغيرِ يَكُونُ على العِلْمِ، إلَّا في الرَّدِّ بِالعَيْبِ»، يُرِيدُ بهِ: أنَّ المُشْتَرِيَ إذا ادَّعَى أنَّ العبدَ سارقٌ، أوْ آبِقٌ، وأثبَتَ إباقَه، أوْ سَرِقتَه في يدِ نفْسِه، وادَّعَى أنَّهُ أَبَقَ، أوْ سرَقَ في يدِ البَائِعِ، وأرادَ تَحْلِيفَ البَائِعِ؛ يُحَلَّفُ على البَتَاتِ: باللهِ ما أَبَقَ، باللهِ ما سرَقَ في يدِك، وهذا تَحْلِيفٌ على فِعْلِ الغيرِ، وهذا لأنَّ البَائِعَ ضَمِنَ تسليمَ المَبِيعِ سليمًا عنِ العُيُوبِ، فالتحليفُ يَرْجِعُ إلى ما ضَمِن بنفْسِه، فيَكُونُ على البَتَاتِ.

وكانَ فخرُ الإسلامِ البَزْدَوِيُّ ﵀ يَزِيدُ على هذا الأصلِ حرْفًا، وهوَ أنَّ التَّحْلِيفَ على فِعْلِ نفسِه على البَتَاتِ، وعلى فِعْلِ الغيرِ على العِلْمِ، إلَّا إذا كانَ

قَالَ: وَمَنِ ادَّعَىٰ عَلَىٰ آخَرَ مَالًا، فَافْتَدَىٰ يَمِينَهُ، أَوْ صَالَحَهُ مِنْهَا عَلَىٰ عَشْرَةٍ؛ فَهُوَ جَائِزٌ وَهُوَ مَأْثُورٌ عَنْ عُثْمَانَ رضي الله عنه. وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَحْلِفَهُ عَلَىٰ تِلْكَ

شيئًا يَتَّصِلُ بهِ؛ فحينئذٍ يُحَلَّفُ على البَتَاتِ، خرَجَ علىٰ هذا فصْلُ الرَّدِّ بِالعَيْبِ؛ لأنَّ ذلك ممَّا يَتَّصِلُ به؛ لأنَّ تسليمَ العبدِ سليمًا واجبٌ على البَائِعِ.

وإنْ وقعتِ الدعوىٰ علىٰ فِعْلِ المُدَّعَىٰ عليْهِ مِنْ وَجْهٍ، وعلىٰ فِعْلِ غيرِه مِنْ وَجْهٍ، بأنْ قالَ: اشْتَرَيْتَ مني، استأجَرْتَ مني، استقْرَضتَ مني؛ فإنَّ هذه الأفعالَ فِعْلُه وفِعْلُ غيرِه، فإنها تَقُومُ باثنيْنِ، ففي هذه الصورِ يُحَلَّفُ علىٰ البَتَاتِ، وقدْ قيلَ: إنَّ التَّحْلِيفَ علىٰ فِعْلِ الغيرِ إنَّما يَكُونُ علىٰ العِلْمِ إذا قالَ الذي اسْتُحْلِفَ: لَا عِلْمَ لي بذلك، فأَمَّا إذا قالَ: لي عِلْمٌ بذلك؛ يُحَلَّف علىٰ البَتَاتِ.

ألا ترىٰ أنَّ المُودَعَ إذا قالَ: قَبضَ [٦/٩٠ظ/م] صاحبُ الوَدِيعَةِ الوَدِيعَةَ مني؛ فإنه يُحَلَّفُ المُودَعُ علىٰ البَتَاتِ، وكذا الوَكِيلُ بالبَيْعِ إذا [١٢/١٣٤و/د] باعَ وسَلَّمَ إلىٰ المُشْتَرِي، ثمَّ أَقَرَّ البَائِعُ أنَّ المُوَكِّلَ قبَضَ الثَّمَنَ، وجحَدَ المُوَكِّلُ، فالقولُ قولُ الوَكِيلِ مع يمينِه.

فإذا حَلَفَ بَرِئَ المُشْتَرِي، ويُحَلَّفُ الوَكِيلُ علىٰ البَتَاتِ: باللهِ لقدْ قبَضَ المُوَكِّلُ، وهذا تَحْلِيفٌ علىٰ فِعْلِ الغيرِ، ولكنَّ الوَكِيلَ يدَّعِي أنَّ لهُ عِلْمًا بذلك، فإنه قالَ: قبَضَ المُوَكِّلُ الثَّمَنَ، فكانَ لهُ عِلْمٌ بذلك، فيُحَلَّفُ علىٰ البَتَاتِ». إلىٰ هنا لَفْظُ «**الفصولِ**»، والبَاقِي يُعْلَمُ ثَمَّةَ.

قولُه: (قَالَ: وَمَنِ ادَّعَىٰ عَلَىٰ آخَرَ مَالًا، فَافْتَدَىٰ يَمِينَهُ، أَوْ صَالَحَهُ مِنْهَا عَلَىٰ عَشْرَةٍ؛ فَهُوَ جَائِزٌ)، أي: قالَ في «**الجامعِ الصغيرِ**» في كتابِ القَضَاءِ.

وصورتُها فيه: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: في رَجُلٍ يُدَّعَىٰ عليْهِ المالُ، فيفْتَدِي يمينَه بعشَرةِ دراهِمَ، قالَ: جائزٌ، وليسَ للمُدَّعِي أنْ يَسْتَحْلِفَه علىٰ

. . . .

تلك اليَمِينِ بعدَ ذلكَ، وكذلكَ إنْ صالَحه مِن يمينِه علىٰ عشَرةِ دراهمَ»(١).

أمَّا جوازُ الافتداءِ: فلِمَا رَوَىٰ أصحابُنا في «**شروحِ الجامعِ** [٣٤٤/٢و] **الصغيرِ**»: عن عُثْمَانَ رضي الله عنه: أَنَّهُ دفعَ المالَ ولَمْ يحْلِفْ(٢)، وكذلك رُوِيَ عن حُذَيْفَةَ رضي الله عنه(٣)، وهذا في الحاصلِ صُلْحٌ علىٰ الإنكارِ، فإنَّهُ لوْ قالَ: صالحتُك علىٰ عشَرةِ دراهمَ؛ انقطعَتِ الخُصُومَةُ وسقطَتِ اليَمِينُ، فكذا إذا أتَىٰ بمعنىٰ الصُّلْحِ؛ لأنَّ العبرةَ للمعنىٰ، ولأنه بذَلَ المالَ لقَطْعِ الخُصُومَةِ ودَفْعِ الشَّغَبِ، والإنسانُ يَمْلِكُ صرْفَ مالِه [إلىٰ ما يَنْتَفِعُ به، وهذا المعنىٰ مِنْ أعظمِ المنافعِ، فيَمْلِكُ صَرْفَ مالِه](٤) فيه، ثمَّ لَا يَسْتَحْلِفُه المُدَّعِي [١٣٤/١٢ظ/د] أبداً؛ لأنَّهُ أبطلَ خصومتَه بأخْذِ المالِ.

وقالَ في «الفصولِ»: «ويَجُوزُ الافتداءُ عن اليَمِينِ بالدراهمِ، وكذا يَجُوزُ الصُّلْحُ عنِ اليَمِينِ علىٰ الدراهمِ، حتىٰ لَا يَكُونَ للمُدَّعِي أنْ يُحَلِّفَ المُدَّعَىٰ عليْهِ بعدَ ذلكَ؛ لأنَّ الافتداءَ عنِ اليَمِينِ، والصُّلْحَ عن اليَمِينِ صُلْحٌ علىٰ الإنكارِ، وبعْدَ

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٣٨٩].

(٢) أخرجه: الطبراني في «المعجم الكبير» [٢٣٧/٢٠]، والبيهقي في «السنن الكبرىٰ» [١٨٤/١٠]، عَنِ الشَّعْبِيِّ: «أَنَّ الْمِقْدَادَ اسْتَقْرَضَ مِنْ عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ رضي الله عنه سَبْعَةَ آلَافِ دِرْهَمٍ، فَلَمَّا تَقَاضَاهُ قَالَ: إِنَّمَا هِيَ أَرْبَعَةُ آلَافٍ، فَخَاصَمَهُ إِلَىٰ عُمَرَ رضي الله عنه، فَقَالَ: إِنِّي قَدْ أَقْرَضْتُ الْمِقْدَادَ سَبْعَةَ آلَافِ دِرْهَمٍ، فَقَالَ الْمِقْدَادُ: إِنَّمَا هِيَ أَرْبَعَةُ آلَافٍ، فَقَالَ الْمِقْدَادُ: أَحْلِفْهُ أَنَّهَا سَبْعَةُ آلَافٍ، فَقَالَ عُمَرُ رضي الله عنه: أَنْصَفَكَ، فَأَبَىٰ أَنْ يَحْلِفَ، فَقَالَ عُمَرُ: خُذْ مَا أَعْطَاكَ». لفْظ البيهقي.
قال البيهقي: «هذا إسناد صحيح إلا أنَّه منقطع».

(٣) أخرجه: عبد الرزاق في «مصنفه» [رقم/١٦٠٥٥]، من طريق الأَسْوَد بْن قَيْسٍ، عَنْ رَجُلٍ مِنْ قَوْمِهِ قَالَ: «عَرَفَ حُذَيْفَةُ بَعِيرَهُ لَهُ مَعَ رَجُلٍ، فَخَاصَمَهُ، فَقُضِيَ لِحُذَيْفَةَ بِالْبَعِيرِ، وَقُضِيَ عَلَيْهِ بِالْيَمِينِ، فَقَالَ حُذَيْفَةُ: افْتَدِ يَمِينَكَ بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ، فَأَبَىٰ الرَّجُلُ، فَقَالَ لَهُ حُذَيْفَةُ: بِعِشْرِينَ؟ فَأَبَىٰ قَالَ: فَبِثَلَاثِينَ؟ قَالَ: فَأَبَىٰ. قَالَ: فَبِأَرْبَعِينَ؟ فَأَبَىٰ الرَّجُلُ، فَقَالَ حُذَيْفَةُ: أَتَظُنُّ أَنِّي لَا أَحْلِفُ عَلَىٰ مَالِي؟ فَحَلَفَ عَلَيْهِ حُذَيْفَةُ».

(٤) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

الْيَمِينِ أَبَدًا؛ لِأَنَّهُ أَسْقَطَ حَقَّهُ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

غاية البيان

الصُّلْحِ على الإنكارِ لَا تُسْمَعُ دعوى المُدَّعِي فيما وقَع الصُّلْحُ عنه».

قولُه: (أَسْقَطَ حَقَّهُ)، أي: بالصلحِ والافتداءِ.

والله ﷻ أعلمُ.

بَابُ التَّحَالُفِ

قَالَ: وَإِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ فِي الْبَيْعِ، فَادَّعَىٰ أَحَدُهُمَا ثَمَنًا، وَادَّعَى الْبَائِعُ أَكْثَرَ مِنْهُ، أَوِ اعْتَرَفَ الْبَائِعُ بِقَدْرٍ مِنَ الْمَبِيعِ، وَادَّعَى الْمُشْتَرِي أَكْثَرَ مِنْهُ، فَأَقَامَ أَحَدُهُمَا الْبَيِّنَةَ؛ قُضِيَ لَهُ بِهَا؛ لِأَنَّ فِي الْجَانِبِ الْآخَرِ مُجَرَّدَ الدَّعْوَىٰ، وَالْبَيِّنَةُ أَقْوَىٰ مِنْهَا.

وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً؛ كَانَتِ الْبَيِّنَةُ الْمُثْبِتَةُ لِلزِّيَادَةِ أَوْلَىٰ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَاتِ لِلْإِثْبَاتِ [٧١/و] وَلَا تَعَارُضَ فِي الزِّيَادَةِ.

غاية البيان

بَابُ التَّحَالُفِ

لَمَّا ذكرَ حُكْمَ يَمِينِ الواحدِ: شرَعَ في بيانِ يَمينِ الاثنيْنِ؛ لأنَّ الاثنيْنِ بعدَ الواحدِ في الوجودِ، فوضعَ ما يَتَعَلَّقُ بهما ذِكْرًا بعْدَه للتناسُبِ.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ فِي الْبَيْعِ، فَادَّعَىٰ أَحَدُهُمَا ثَمَنًا، وَادَّعَى الْبَائِعُ أَكْثَرَ مِنْهُ، أَوِ اعْتَرَفَ الْبَائِعُ بِقَدْرٍ مِنَ الْمَبِيعِ، وَادَّعَى [٦/٩١و/م] الْمُشْتَرِي أَكْثَرَ مِنْهُ، فَأَقَامَ أَحَدُهُمَا الْبَيِّنَةَ؛ قُضِيَ لَهُ بِهَا)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصرِه»[1]، وذلك لأنَّ صاحبَ البيِّنةِ نَوَّرَ دعواهُ بِالحُجَّةِ، ولَمْ يُوجَدْ مِنَ الطرفِ الآخرِ إلَّا دعوىٰ مجردةً، وهي لَا تُعَارِضُ البَيِّنَةَ، فكانَ القَضَاءُ بها أَوْلَىٰ؛ لكونِها أقوىٰ.

قولُه: (وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً؛ كانَتِ الْبَيِّنَةُ الْمُثْبِتَةُ[2] لِلزِّيَادَةِ أَوْلَىٰ)، هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصرِه»[3]، يعني: ادَّعَى المُشْتَرِي أَنَّهُ اشْتَرَىٰ هذه العينَ بعشرةٍ، وادَّعَىٰ [١٢/١٣٥و/د] البَائِعُ أَنَّهُ باعها بخمسةَ عشرَ، وأقامَ كُلُّ واحد منهما بَيِّنَةً

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢١٧].

(٢) وقع بالأصل: «الْبَيِّنَةُ المبينة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢١٧].

وَلَوْ كانَ الِاخْتِلَافُ فِي الثَّمَنِ وَالْمَبِيعِ جَمِيعًا؛ فَبَيِّنَةُ الْبَائِعِ أَوْلَىٰ فِي الثَّمَنِ، وَبَيِّنَةُ الْمُشْتَرِي أَوْلَىٰ فِي الْمَبِيعِ.

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ، قِيلَ لِلْمُشْتَرِي: إِمَّا أَنْ تَرْضَىٰ بِالثَّمَنِ الَّذِي ادَّعَاهُ الْبَائِعُ وَإِلَّا فَسَخْنَا الْبَيْعَ. وَقِيلَ لِلْبَائِعِ: إِمَّا أَنْ تُسَلِّمَ مَا ادَّعَاهُ الْمُشْتَرِي [٢/٣٤٤ظ] مِنَ الْمَبِيعِ وَإِلَّا فَسَخْنَا الْبَيْعَ، وَقِيلَ: لِلْبَائِعِ إِمَّا أَنْ تُسَلِّمَ مَا ادَّعَاهُ

﴿ غاية البيان ﴾

علىٰ دعواه، أو ادَّعَىٰ الْمُشْتَرِي أَنَّهُ اشْتَرَىٰ الْكُرَّيْنِ[1] بعشرةٍ، وادَّعَىٰ البَائِعُ أَنَّهُ باعَ الكُرَّ بعشرةٍ، وأقامَ كُلُّ واحدٍ منهما بَيِّنَةً علىٰ ما ادَّعَىٰ؛ فالبَيِّنَةُ المُثْبِتةُ للزِّيَادَةِ أَوْلَىٰ، وذلك لأنَّ البيناتِ وُضِعَتْ للإثباتِ، وكلُّ ما كانَ أكثرَ إثباتًا كانَ أَوْلَىٰ، ولَا تَتَعَارَضُ البيِّنَتانِ؛ لأنَّ البَيِّنَةَ المُثْبِتةَ للأقلِّ لَا تَتَعَرَّضُ للزِّيَادَةِ، وكانَتِ البَيِّنَةُ المُثْبِتةُ للزِّيَادَةِ سالمةً عنِ المعارِضِ.

قولُه: (وَلَوْ كانَ الِاخْتِلَافُ فِي الثَّمَنِ وَالْمَبِيعِ جَمِيعًا؛ فَبَيِّنَةُ الْبَائِعِ أَوْلَىٰ فِي الثَّمَنِ، وَبَيِّنَةُ الْمُشْتَرِي أَوْلَىٰ فِي الْمَبِيعِ).

صورتُه: ما قالَ في «الشاملِ» في قسْمِ «المبسوطِ»: «قالَ البَائِعُ: بِعْتُكَ هذه الجَارِيَةَ وحْدَها بمئةِ دينارٍ، وقالَ المُشْتَرِي: لَا بلْ مع هذا العبدِ بخمسينَ، وأقامَا البَيِّنَةَ؛ يُقْضَىٰ بهما جَميعًا للمُشْتَرِي بمئةِ دينارٍ؛ لأنَّ كُلَّ واحدٍ منهما أثْبَتَ ببيِّنَتِه زيادةً، فتُقْبَلُ في حقِّ تلكَ الزِّيَادَةِ».

قولُه: (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ، قِيلَ لِلْمُشْتَرِي: إِمَّا أَنْ تَرْضَىٰ بِالثَّمَنِ الَّذِي ادَّعَاهُ الْبَائِعُ وَإِلَّا فَسَخْنَا الْبَيْعَ. وَقِيلَ لِلْبَائِعِ: إِمَّا أَنْ تُسَلِّمَ مَا ادَّعَاهُ الْمُشْتَرِي [٢/٣٤٤ظ] مِنَ الْمَبِيعِ وَإِلَّا فَسَخْنَا الْبَيْعَ)، وهذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في

(١) الْكُرَّيْنِ: مثنَّىٰ الكُرّ - بالضم -: وهو مكيال لأهل العراق، قَدْرُه ستون قَفِيزًا، أوْ أربعون أردبًّا، أوْ سبع مئة وعشرون صاعًا. وقد تقدم التعريف بذلك.

الْمُشْتَرِي مِنَ الْمَبِيعِ وَإِلَّا فَسَخْنَا الْبَيْعَ ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُود قَطْعُ الْمُنَازَعَةِ ، وَهَذَا جِهَةٌ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ رُبَّمَا لَا يَرْضَيَانِ بِالْفَسْخِ ، فَإِذَا عَلِمَا بِهِ يَتَرَاضَيَانِ .

فَإِنْ لَمْ يَتَرَاضَيَا ؛ اسْتَحْلَفَ الْحَاكِمُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَىٰ دَعْوَىٰ الْآخَرِ ،

غاية البيان

«مختصرِه»[(١)] ، وذلكَ لأنَّ المَقْصُودَ مِن شَرْعِ الأسبابِ: قطْعُ المنازعاتِ [١٢/١٣٥ظ/د] ، ورَفْعُ الخصوماتِ ، ويَحْصُلُ ذلك برضا أحدِهما بما يدَّعِي الآخرُ ، ولأنَّ كُلَّ واحدٍ منهما ربمَّا لَا يُرِيدُ فَسْخَ العَقْدِ ، فيَعُودُ إلىٰ الرِّضا إذا عَلِمَ أنَّ العَقْدَ يُفْسَخُ ، فلَا جَرَمَ يَقُولُ القاضي: أَفْسَخُ البَيْعَ إذا لَمْ يَرْضَ كُلُّ واحدٍ منكما بما يَدَّعِيه الآخرُ ، حتىٰ يحْصُلَ الرضا ، فتسقُطُ الخُصُومَةُ .

قولُه: (**وَهَذَا جِهَةٌ فِيهِ**) ، أي: في قَطْعِ المُنَازَعَةِ .

قولُه: (**فَإِنْ لَمْ يَتَرَاضَيَا ؛ اسْتَحْلَفَ الْحَاكِمُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَىٰ دَعْوَىٰ الْآخَرِ**) ، هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصرِه»[(١)] ، أي: إنْ لَمْ يتراضَ البَائِعُ والمُشْتَرِي . يعني: لَمْ [٦/٩١ظ/م] يَرْضَ البَائِعُ بما ادعاه المُشْتَرِي مِن المَبِيعِ ، ولَمْ يَرْضَ المُشْتَرِي بما ادعاه البَائِعُ مِن الثَّمَنِ ؛ يَسْتَحْلِفُ القاضي كُلَّ واحدٍ مِن البَائِعِ والمُشْتَرِي علىٰ دعوىٰ صاحبِه .

قالَ صاحبُ «الهداية»: (**وَهَذَا التَّحَالُفُ قَبْلَ الْقَبْضِ عَلَىٰ وِفَاقِ الْقِيَاسِ**) . وبعدَ القَبْضِ[(٢)] مخالفٌ للقياسِ ، ولكنَّهُ ثبتَ بالحديثِ استحسانًا .

اعلمْ: أنَّ المُسْتَحْسَنَ أنواعٌ:

مُسْتَحْسَنٌ بالأثر: كالسَّلَمِ .

ومُسْتَحْسَنٌ بالإجماعِ: كالاستصناعِ فيما فيهِ تعاملٌ .

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢١٧] .

(٢) وقع بالأصل: «وبعض القَبْض» . والمثبت من: «ن» ، و«م» ، و«تح» ، و«غ» ، و«ض» .

وَهَذَا التَّحَالُفُ قَبْلَ الْقَبْضِ عَلَىٰ وِفَاقِ الْقِيَاسِ، لِأَنَّ الْبَائِعَ يَدَّعِي زِيَادَةَ الثَّمَنِ وَالْمُشْتَرِي يُنْكِرُهُ، وَالْمُشْتَرِي يَدَّعِي وُجُوبَ تَسْلِيمِ الْمَبِيعِ بِمَا نَقَدَ وَالْبَائِعُ يُنْكِرُهُ، فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُنْكِرٌ فَيَحْلِفُ.

فَأَمَّا بَعْدَ الْقَبْضِ فَمُخَالِفٌ لِلْقِيَاسِ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرِي لَا يَدَّعِي شَيْئًا؛ لِأَنَّ

غاية البيان

ومُسْتَحْسَنٌ بالضرورةِ: كتطهير الحِيَاضِ، والآبارِ، والأواني.

ومُسْتَحْسَنٌ بالقياسِ الخَفِيّ: وله نظيرٌ كثيرٌ في الفروعِ.

ثمَّ الأنواعُ الثلاثة الأُوَل: لَا يَصِحُّ التعديةُ فيها؛ لكونِها علىٰ خلافِ القياسِ، وتَصِحُّ التعديةُ في النوعِ الأخيرِ؛ لموافقتِه القياس الخَفِيّ.

بيانُه: أنَّ المُتَبَايِعيْنِ [١٢/١٣٦و/د] إذا اختلَفا في [قدر][1] الثَّمَنِ قبْلَ قَبْضِ المَبِيعِ؛ لَا يَجْرِي التحالُفُ، ولا يجبُ اليَمِينُ علىٰ البَائِعِ قياسًا؛ لأنَّ البَائِعَ مُدَّعٍ، واليَمِينُ علىٰ المُنْكِرِ بالحديثِ المشهورِ، وهوَ ليسَ بمُنْكِرٍ؛ لأنَّ المُشْتَرِي لَا يدَّعِي عليْهِ شيئًا.

ويَجْرِي التحالفُ استحسانًا؛ لأنَّ كُلَّ واحدٍ منهما مُدَّعٍ، والآخرُ مُنْكِرٌ؛ لأنَّ البَائِعَ يدَّعِي زيادةَ الثَّمَنِ، والمُشْتَرِي يُنْكِرُ، والمُشْتَرِي يدَّعِي تسليمَ المَبِيعِ بأقلِّ الثمنينِ، والبَائِعُ يُنْكِرُ، فيَجْرِي التحالفُ حُكْمًا للإنكارِ، ثمَّ يتعدَّىٰ هذا الحُكْمُ إلىٰ وارثي البَائِعِ والمُشْتَرِي إذا اختلَفَا قبْلَ القَبْضِ، وإلىٰ الإِجَارَةِ إذا اختلَفَ المُؤَاجر والمُسْتَأْجر قبْل اسْتِيفَاء المنافعِ في قَدْرِ البدَلِ.

فأمَّا تحالُفُ البَائِعِ والمُشْتَرِي بعدَ القَبْضِ: فمخالفٌ للقياسِ؛ لأنَّ المَبِيعَ سالمٌ للمُشْتَرِي، لَا يدَّعِي علىٰ البَائِعِ شيئًا، ولكنَّهُ ثبَتَ التحالُفُ بخلافِ القياسِ، بإطلاقِ قوله ﷺ: **«إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ، وَالسِّلْعَةُ قَائِمَةٌ بِعَيْنِهَا، تَحَالَفَا وَتَرَادَّا»**[2].

(١) ما بين المعقوفتين: في الأصل: «قَبْضِ»، والمثبت من: النسخ الأم «د»، و«م».

(٢) **قال ابنُ أبي العز:** «هذا اللفظ غير ثابت»، وقال ابنُ قُطْلوبغا: «لَمْ أَقِف عليه بهذا». =

الْمَبِيعَ سَالِمٌ لَهُ بَقِيَ دَعْوَىٰ الْبَائِعِ فِي زِيَادَةِ الثَّمَنِ[(١)] وَالْمُشْتَرِي يُنْكِرُهُ، فَيُكْتَفَىٰ بِحَلِفِهِ، لَكِنَّا عَرَفْنَاهُ بِالنَّصِّ، وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ وَالسِّلْعَةُ قَائِمَةٌ بِعَيْنِهَا تَحَالَفَا وَتَرَادَّا».

وَيَبْتَدِئُ بِيَمِينِ الْمُشْتَرِي وَهَذَا قَوْلُ مُحَمَّدٍ وأبي يُوسُفَ آخِرًا، وَهُوَ رِوَايَةٌ

﴿ غاية البيان ﴾

فلَمْ تَصِحَّ التعديةُ لثبوتِه بخلافِ القياسِ، حتىٰ لَمْ يَجْرِ التحالفُ[(٢)] بين الوارِثِينَ بعدَ القَبْضِ.

ولَا يتحالَفُ العاقِدانِ بعدَ هلاكِ السِّلْعَةِ عندَ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ، ولَا يتحالَفُ المُؤَاجِرُ والمُسْتَأْجِرُ [١٢/١٣٦ظ/د] إذا اختلَفا بعدَ اسْتِيفَاءِ المَعْقُودِ عليْهِ، وقدْ مَرَّ ذلكَ في كتابِنا الموسومِ بـ«**التبيينِ**»[(٣)] في بيانِ رُكْنِ القياسِ.

قولُه: (وَيَبْتَدِئُ بِيَمِينِ الْمُشْتَرِي)، هذا لفْظُ القُدُورِيِّ في «**مختصرِه**»[(٤)].

قالَ الشيخُ أبو نصرٍ البَغْدَادِيُّ: «هذا الذي ذكرَه قولُ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه، رواهُ الحسنُ عنه في «**المجردِ**»، وذكرَ في «**المنتقىٰ**» روايةً عنْ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: **أَنَّهُ يُبْدَأُ**[(٥)]

= قلنا: وأقرب الروايات إلىٰ هذا اللفظ: ما أخرجه: الطبراني في «المعجم الكبير» [١٠/١٧٤]، وفي «المعجم الأوسط» [٤/١٠٥]، من حديث عَبْدِ اللهِ بْنِ مَسْعُودٍ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «**إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ، وَالسِّلْعَةُ قَائِمَةٌ بِعَيْنِهَا، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ، أَوْ يَتَرَادَّانِ**».

قال المنذري: «**قد رُوِيَ هذا الحديثُ مِن طرقٍ عن عبد الله بن مسعود كلها لَا تثبت، وقد وقَع في بعضها: «إِذَا اخْتَلَفَ الْبَيْعَانِ، وَالْمَبِيعُ قَائِمٌ بِعَيْنِهِ»، وفي لفْظ: «وَالسِّلْعَةُ قَائِمَةٌ»، وهو لَا يصح**، فإنها مِن رواية ابن أبي ليلَىٰ، وهو ضعيف، وقيل: أنَّهُ مِن قول بعض الرواة». و«التنبيه علىٰ مشكلات الهداية» لابن أبي العز [٤/٥٥٥]. و«نصب الراية» للزيلعي [٤/١٣٣]، و«تخريج أحاديث أصول البزدوي» لابن قُطْلوبغا [ص/٢٢٧].

(١) فِي حاشية الأَصْل: «خ، صح: الدين».

(٢) في «م»: «حتىٰ لَا يحل التحالف». وفي: «ض»: «حتىٰ يجري التحالف».

(٣) ينظر: «التَّبيين شرح الأخْسِيكَثِيّ» للمؤلف [١/٣١ ـ ٣٨].

(٤) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢١٧].

(٥) وقع بالأصل: «أنه ابتداء». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ الصَّحِيحُ ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرِي أَشَدُّهُمَا إِنْكَارًا ؛ لِأَنَّهُ يُطَالِبُ أَوَّلًا بِالثَّمَنِ ؛ أَوْ لِأَنَّهُ يَتَعَجَّلُ فَائِدَةَ النُّكُولِ وَهُوَ إِلْزَامُ الثَّمَنِ ، وَلَوْ بُدِئَ بِيَمِينِ الْبَائِعِ يَتَأَخَّرُ الْمُطَالَبَةُ بِتَسْلِيمِ الْمَبِيعِ إِلَىٰ زَمَانِ اسْتِيفَاءِ الثَّمَنِ .

غاية البيان

بيمينِ البَائِعِ ، وكذلكَ ذكرَ أبو الحسنِ في «**جامعِه**» [٢/٩٢و/م] ، وهوَ قولُ أبي يوسفَ الأوَّلُ ، ثم رَجَعَ وقالَ: يُبْدَأُ بيمينِ المُشْتَرِي»[1] .

وعندَ زُفَرَ: يُبْدَأُ بيمينِ البَائِعِ كقولِ أبي يوسفَ أوَّلًا . كذا في «**التقريبِ**» .

وقالَ أصحابُ الشَّافِعِيِّ رضي الله عنه وعنهمْ: في المسألةِ ثلاثةُ أقوالٍ:

أحدُها: يُبْدَأُ بيمينِ البَائِعِ .

والثاني: بيمينِ المُشْتَرِي .

والثالثُ [٢/٣٤٥و]: الحاكمُ بِالخِيَارِ .

ومنهم مَنْ قالَ: يُبْدَأُ بيمينِ البَائِعِ بكلِّ حالٍ[2] . كذا في «**شرحِ الأقطعِ**»[3] .

وَجْهُ قولِ زُفَرَ ــ وهو قولُ أبي يوسفَ أوَّلًا ــ: قولُه عليه السلام: «**إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ**»[4] خصَّ البَائِعَ بالذِّكْرِ ، حيثُ جعلَ القولَ قولَ البَائِعِ ، وأقلُّ أحوالِ

---

(١) ينظر: «تبيين الحقائق» [٣٠٥/٤] ، «العناية» [٢٠٩/٨] ، «الجوهرة النيرة» [٢٢١/٢] .

(٢) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٣٠٠/٥] . و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٥٠٥/٣] . و«المهذب في فقه الإمام الشافعي» للشيرازي [٦٥/٢] .

(٣) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٢٨١] .

(٤) أخرجه: الترمذي في كتاب البيوع/ باب ما جاء إذا اختلف البيعان [رقم/١٢٧٠] ، ومن طريقه ابن الجوزي في «التحقيق» [١٨٥/٢] ، من طريق عَوْنِ بْنِ عَبْدِ اللهِ ، عَنِ ابْنِ مَسْعُودٍ رضي الله عنه به .
قال الترمذي: «هذا حديث مرسل ، عون بن عبد الله لَمْ يُدْرِك ابنَ مسعود» . وقال ابنُ الجوزي: «هذا الحديث لَا يصح عن رسول الله ﷺ» . ينظر: «العلل المتناهية» لابن الجوزي [١٠٩/٢] ، و«نصب الراية» للزيلعي [١٣٣/٤] .

وَكَانَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَقُولُ: أَوَّلًا يَبْتَدِأُ بِيَمِينِ الْبَائِعِ؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ» فَالْقَوْلُ مَا قَالَهُ الْبَائِعُ خَصَّهُ بِالذِّكْرِ، وَأَقَلُّ فَائِدَتِهِ التَّقْدِيمُ.

غاية البيان

هذا التخصيصِ أنْ يُفِيدَ التقديمَ، ولأنَّ المَبيعَ مُسْتَحقٌّ على البَائِعِ، وهلاكُه يُوجِبُ فَسَادَ العَقْدِ، ولهُ أنْ يَحْبِسَ المَبيعَ حتى يَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ، وكانَ تقديمُ مَن في حَبْسِه المَبيع أَوْلَىٰ.

ولنا: أنَّ اليَمِينَ تُطْلَبُ لِمَا يَتَعَلَّقُ بها مِن فائدةِ النُّكُولِ، ونكولُ المُشْتَرِي يَتَعَلَّقُ به فائدةٌ عاجلةٌ، وهوَ تسليمُ الثَّمَنِ في الحالِ [١٢/١٣٧و/د]، ونكولُ البَائِعِ لَا يُتَعَجَّلُ به فائدةٌ؛ لأنَّهُ يقالُ له: احْبِسِ المَبيعَ إلى أنْ تَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ، فكل تقديمُ مَن يتعجَّل بنكوله الفائدة أَوْلَىٰ.

ولهذا قالُوا: إذا تبايَعا عيْنًا بعينٍ، أوْ ثمنًا بثَمَنٍ؛ كانَ القاضي مخيَّرًا في تقديمِ أيِّهما شاءَ؛ لأنَّ كُلَّ واحدٍ منهما إذا نَكَلَ لَا يَلْزَمُ تسليمُ شيءٍ في الحالِ، فتَساوَيَا.

وقالَ القُدُورِيُّ في «شرحِ كتابِ الاستحلافِ»: «قدْ ذكرَ في هذا الكتابِ روايةً أُخرىٰ عن أبي يوسفَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ أي: في كتابِ **«الاستحلاف»** ـ وهيَ أنَّ المُشْتَرِيَ إنْ كانَ ابتدأَ بالخُصُومَةِ، وادَّعَىٰ على البَائِعِ؛ ابْتُدِئَ بيمينِ البَائِعِ، وإنْ كانَ البَائِعُ ابتدأَ بالدعوىٰ: ابْتُدِئَ بيمينِ المُشْتَرِي».

ثمَّ قالَ القُدُورِيُّ: «وأمَّا صفةُ التحالُفِ: فقدْ ذكرَ في **«الأصلِ»** أنَّ كُلَّ واحدٍ منهما يحْلِفُ على دعوىٰ الآخرِ، وهذا يقْتَضِي أنْ يَحْلِفَ البَائِعُ باللهِ: ما باعه بمئةٍ، ويحلِفُ المُشْتَرِي بالله: ما اشتراهُ بمئتيْنِ».

وذكرَ في «الزياداتِ»: أنَّ البَائِعَ يُحَلَّف باللهِ: ما باعه بمئةٍ، ولقد باعه بمئَتَيْنِ، ويُحَلَّف المُشْتَرِي باللهِ: ما اشتراه بمئتيْنِ، ولقد اشتراهُ بمئةٍ.

وما ذكرَه في **«الأصلِ»**: موضوعُ اليَمِينِ؛ لأنَّهُ لَا يقَعُ عندنا إلَّا بالنفيِ، فلوْ

وَإِنْ كانَ بَيْعَ عَيْنٍ بِعَيْنٍ، أَوْ ثَمَنٍ بِثَمَنٍ؛ بَدَأَ الْقَاضِي بِيَمِينِ أَيِّهِمَا شَاءَ؛ لِاسْتِوَائِهِمَا.

وَصِفَةُ الْيَمِينِ أَنْ يَحْلِفَ الْبَائِعُ بِاللهِ مَا بَاعَهُ بِأَلْفٍ، ويَحْلِفُ الْمُشْتَرِي بِاللهِ مَا اشْتَرَاهُ بِأَلْفَيْنِ.

وَقَالَ فِي الزِّيَادَاتِ: يَحْلِفُ بِاللهِ مَا بَاعَهُ بِأَلْفٍ، وَلَقَدْ بَاعَهُ بِأَلْفَيْنِ، يَحْلِفُ الْمُشْتَرِي بِاللهِ مَا اشْتَرَاهُ بِأَلْفَيْنِ، وَلَقَدِ اشْتَرَاهُ بِأَلْفٍ يَضُمُّ الْإِثْبَاتَ إِلَىٰ النَّفْيِ تَأْكِيدًا، وَالْأَصَحُّ الِاقْتِصَارُ عَلَىٰ النَّفْيِ؛ لِأَنَّ الْأَيمَانَ عَلَىٰ ذَلِكَ وُضِعَتْ، دَلَّ عَلَيْهِ حَدِيثُ الْقَسَامَةِ بِاللهِ مَا قَتَلْتُمْ وَلَا عَلِمْتُمْ لَهُ قَاتِلًا.

غاية البيان

جمَعْنا بينَ الأمْرَيْنِ؛ لتضمَّنَتِ الإثباتَ والنفْيَ، وهذا لَا يَصِحُّ.

ووَجْهُ ما ذكرَ في «الزياداتِ»: أنَّ الجمعَ بينَ الأمْرَيْنِ تأكيدٌ للنفيِ، وليسَ يمْتَنِعُ [٦/٩٢ظ/م] أنْ تكونَ اليَمِينُ [١٢/١٣٧ظ/د] موضوعُها النفيُ، ويُضَمُّ إليها الإثباتُ علىٰ طريقِ التأكيدِ، فيقولُ الشَّاهِدُ: أَشْهَدُ أنَّ فلانًا ماتَ، وهذا وارِثُه، لَا وَارِثَ لهُ غيرُه.

وقالَ في «شرْحِ الأقطعِ»[1] جوابًا عنِ الحديثِ الذي رواه زُفَرُ: إنَّما خصَّ البَائِعَ بالذِّكْرِ؛ لأنَّ يَمِينَ المُشْتَرِي معلومةٌ لَا تُشْكِلُ؛ لقوله عليه السلام: **«والْيَمِينُ عَلَىٰ مَنْ أَنْكَرَ»**. فسكَتَ[2] رسولُ الله ﷺ عمَّا[3] تقدمَ بيانُه، وبيَّنَ ما يُشْكِلُ، ولَمْ يتقدَّمْ بيانُه.

قولُه: (**وَإِنْ كانَ بَيْعَ عَيْنٍ بِعَيْنٍ، أَوْ ثَمَنٍ بِثَمَنٍ؛ بَدَأَ الْقَاضِي بِيَمِينِ أَيِّهِمَا شَاءَ؛ لِاسْتِوَائِهِمَا**)، ذكرَه تفريعًا علىٰ مسألةِ القُدُورِيِّ.

قولُه: (**عَلَىٰ ذَلِكَ**)، أي: علىٰ النفْيِ.

(١) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٢٨١].

(٢) وقع بالأصل: «فسالت». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٣) وقع بالأصل: «علىٰ ما». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

قَالَ: فَإِنْ حَلَفَا ؛ فَسَخَ الْقَاضِي الْبَيْعَ بَيْنَهُمَا وَهَذَا يَدُلُّ عَلَىٰ أَنَّهُ لَا [٧١/ظ] يَنْفَسِخُ بِنَفْسِ التَّحَالُفِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ مَا ادَّعَاهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَيَبْقَىٰ بَيْعُ مَجْهُولٍ فَيُفْسَخُ[١] الْقَاضِي قَطْعًا لِلْمُنَازَعَةِ. أَوْ يُقَالُ إِذَا لَمْ يَثْبُتِ الْبَدَلُ يَبْقَىٰ بَيْعًا بِلَا بَدَلٍ وَهُوَ فَاسِدٌ ، وَلَا بُدَّ مِنَ الْفَسْخِ فِي فَاسِدِ الْبَيْعِ.

غاية البيان

قوله: (قَالَ: فَإِنْ حَلَفَا ؛ فَسَخَ الْقَاضِي الْبَيْعَ بَيْنَهُمَا)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصرِهِ»[٢]، يَعْنِي: إذا استحْلَفَ الحاكمُ كُلَّ واحدٍ منهما، فحَلَفا ؛ فَسَخ البَيْعَ بينهما، وهذا الذي ذكرَه القُدُورِيُّ يَدُلُّ علىٰ أنَّهُ لَا ينفَسِخُ البَيْعُ بنَفْسِ التحالُفِ ما لمْ يفْسَخِ الحاكمُ.

وبهِ صَرَّحَ في كتابِ «الاستحلافِ» لأبي خازمٍ القاضي، حيثُ قالَ: «إذا تحالَفا: فَسَخَ الحاكمُ البَيْعَ، ولَمْ ينْفَسِخْ بالتحالُفِ».

قالَ الإمامُ الأَسْبِيْجَابيُّ في «شرحِ الطَّحَاوِيِّ»: «فإنْ حَلَفا ؛ القياسُ: أنْ يُتْرَكَ المَبِيعُ للمُشْتَرِي بما قالَ، وفي الاستحسانِ: يتَرادَّانِ، ولا يُفْسَخُ البَيْعُ بينهما [بنَفْسِ التحالُفِ ما لَمْ يفْسَخِ الحاكمُ][٣] بينهما، حتىٰ إنَّ أحدَهما لوْ أرادَ أنْ يلتزمَ البَيْعَ بما قالَ صاحبُه قبْلَ فَسْخِ الحاكِمِ ؛ كانَ لهُ ذلك، وقال بعضُهم: بنَفْسِ التحالُفِ ينْفَسِخ، والأوَّلُ أصحُّ»[٤]. إلىٰ هنا [١٢/١٣٨و/د] لفْظُ «شرْحِ [٢/٣٤٥ظ] الطَّحَاوِيِّ».

[ووَجْهُ][٥] ذلكَ: أنَّ اليَمِينَ تُسْقِطُ ما يَدَّعِيه كُلُّ واحدٍ منهما مِن البدلِ، فيَبْقَىٰ البَيْعُ مجهولًا ؛ لأنَّهُ لَمْ يَثْبُتِ الثَّمَنُ الذي ادَّعاه البَائِعُ، وكذا لَمْ يَثْبُتِ المَبِيعُ الذي

---

(١) في حاشية الأَصْل: «خ: فيفسخه».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢١٧].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٤) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابيِّ [ق/٤٣٨].

(٥) ما بين المعقوفتين: زيادة من: النسخة الأم «د»، و«ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

قَالَ: وَإِنْ نَكَلَ أَحَدُهُمَا عَنِ الْيَمِينِ؛ لَزِمَهُ دَعْوَىٰ الْآخَرِ؛ لِأَنَّهُ جُعِلَ بَاذِلًا

ادّعاه المُشْتَرِي، واختلافُ البدلِ يُوجِبُ اختلافَ العَقْدِ؛ لأنَّ كُلَّ واحدٍ ادَّعىٰ عقدًا غيرَ الذي ادعاه الآخرُ، فكانَ البَيْعُ مجهولًا لجهالةِ البدلِ، فإذا سَقَطَ ذلك؛ فسدَ العَقْدُ لعدمِ البدلِ، والبَيْعُ الفَاسِدُ لَا ينْفَسِخُ بدونِ فَسْخِ الحاكمِ، ولأنَّه لَمَّا لَمْ يَثْبُتِ البدلُ للتعارُضِ؛ كانَ البَيْعُ بلَا بدلٍ، وذلكَ فَاسِدٌ، والعَقْدُ الفَاسِدُ لَا بُدَّ لهُ مِن الفَسْخِ.

وقالَ شمسُ الأئمةِ السَّرْخَسِيُّ في «شرحِ أدبِ القاضي» ـ في بابِ اليَمِينِ ـ: «وإنْ حَلَفا جميعًا؛ انتفَىٰ الثمَنانِ، فبَقِيَ بيعًا بلَا ثَمَنٍ، فيَفْسُدُ، فيُنْقَضُ العَقْدُ فيما بينهما، وإنما[1] ينْقُضُ القاضي العَقْدَ فيما بينهما إذا طلبا، أوْ طلبَ أحدُهما مِن القاضي النقضَ، فأَمَّا بدونِ الطلبِ [٦/٩٣و/م] لَا ينْقُضُ».

وفرَقَ بين هذا وبين اللِّعَان: وهوَ أنَّ الزوْجَيْنِ إذا فرَغا مِن اللِّعَان؛ فإن القاضيَ يُفَرِّق بينهما، سواءٌ طلبا مِن القاضي، أوْ لَمْ يطلبا ذلك؛ لأنَّ حرمةَ المحلِّ قدْ ثبتتْ شرعًا باللعانِ علىٰ ما قالَ ﷺ: «الْمُتَلَاعِنَانِ لَا يَجْتَمِعَانِ أَبَدًا»[2].

وهذه الحرمةُ حقُّ الشَّرْعِ، فلَا يحْتَاجُ فيهِ إلىٰ طلَب العبد.

وأَمَّا العَقْدُ ـ وفَسْخُ العَقْد حقُّهما ـ: فشُرِطَ طلَبُ العبدِ لهذا.

وقال الإمامُ النَّاصِحِيُّ في «تهذيبِ أدبِ القاضي»: «وإنْ حَلَفا: لَمْ ينْقُضِ القاضي البَيْعَ بينهما حتىٰ يطْلبا ذلك، أوْ يطلبَ أحدُهما؛ لأنَّ الفَسْخَ حَقٌّ لهما»؛ بدليلِ ما رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ [١٢/١٣٨ظ/د] أنَّهُ قَالَ: «تَحَالَفَا وَتَرَادَّا»[2].

قولُه: (وَإِنْ نَكَلَ أَحَدُهُمَا عَنِ الْيَمِينِ؛ لَزِمَهُ دَعْوَىٰ الْآخَرِ)، وهذا لَفْظُ

---

(١) وقع بالأصل: «ولا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٢) مضىٰ تخريجه.

فَلَمْ يَبْقَ دَعْوَاهُ مُعَارِضًا لِدَعْوَىٰ الْآخَرِ فَلَزِمَ الْقَوْلُ بِثُبُوتِهِ.

قَالَ: وَإِنِ اخْتَلَفَا فِي الْأَجَلِ، وَفِي شَرْطِ الْخِيَارِ، أَوْ فِي اسْتِيفَاءِ بَعْضِ الثَّمَنِ؛ فَلَا تَحَالُفَ بَيْنَهُمَا ....

غاية البيان

القُدُورِيِّ في «**مختصرِه**»[(١)].

قالَ في «شرحِ أدبِ القاضي»: «إذا اختلفا في الثَّمَنِ والسِّلْعَةُ قائمة مَقْبُوضَةً كانَتْ أَوْ لَمْ تَكُنْ مَقْبُوضَةً؛ فإنهما يتحالفانِ، يُحَلَّفُ البَائِعُ علىٰ دعوىٰ المُشْتَرِي، فإنْ نَكَلَ: لزِمَه البَيْعُ بألفِ درهمٍ، ويُحَلَّف المُشْتَرِي علىٰ دعوىٰ البَائِعِ، فإنْ نَكَلَ: لزِمَه دعواه، وهوَ البَيْعُ بألفَيْ درهمٍ.

وإنْ حَلَفا جميعًا؛ فقد مَرَّ بيانُه آنفًا، وأصلُ ذلك أن النُّكُولَ في معنىٰ البذْلِ، وبذْلُ الأعْوَاضِ صحيحٌ، فإذا كانَ الناكلُ باذِلًا، لَمْ تَبْقَ دعواهُ مُعارضًا لدعوىٰ صاحبِه، فيَثْبُتُ دعوىٰ صاحبِه لسلامتِه عنِ المُعارِضِ.

قولُه: (قَالَ: وَإِنِ اخْتَلَفَا فِي الْأَجَلِ، وَفِي شَرْطِ الْخِيَارِ، أَوْ فِي اسْتِيفَاءِ بَعْضِ الثَّمَنِ؛ فَلَا تَحَالُفَ بَيْنَهُمَا)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «**مختصرِه**»[(١)].

قالَ في «مختصرِ الأسرارِ»: «إذا اختلفا في شَرْط الأَجَلِ، أو الخِيَارِ، أوْ مقدارِه، أوْ شَرْطِ الرَّهْنِ؛ فالقولُ قولُ مَن ينْفِيه، خلافًا لزفرَ والشَّافِعِيِّ ﵄: أنهما يتحالفان[(٢)]؛ لأنَّ الأَجَلَ جارٍ مَجْرَىٰ الوَصْفِ، فإنَّ الثَّمَنَ يزدادُ عندَ زيادةِ الأَجَلِ، والاختلافُ في وَصْفِ الثَّمَنِ يُوجِبُ التحالُفَ، فكذا هذا».

ولنا: أنَّ هذا اختلافٌ في غيرِ المَعْقُود عليه، فلَا يتحالَفانِ، كالاختلافِ في

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢١٧].

(٢) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٥/٢٩٩]. و«المهذب في فقه الإمام الشافعي» للشيرازي [٢/٣٩٣]. و«روضة الطالبين» للنووي [٣/٥٧٧].

....

الحَطِّ والبَرَاءَةِ مِنَ الثَّمَنِ.

والدليلُ علىٰ أَنَّهُ اختلافٌ في غيرِ المَعْقُودِ عليه: أنَّ العَقْدَ لَا يختلُّ بفواتِ الأَجَلِ، أوْ شرْطِ [١٢/١٣٩و/د] الخِيَارِ، بخلافِ الاختلافِ في وَصْفِ الثَّمَنِ، أَعْنِي: في جَوْدتِه، أوْ ردَاءتِه، أو الاختلافِ في جنسِه، بأنْ قالَ أحدُهما: دراهم، والآخرُ: دنانير؛ فإنَّ ذلكَ يُوجِبُ التحالُفَ؛ لأنَّهُ راجعٌ إلىٰ نفسِ الثَّمَنِ؛ لأنَّهُ دَيْنٌ لَا يُعْرَفُ إلَّا بوَصْفِه، والأَجَلُ [٦/٩٣ظ/م] ليسَ بوَصْفِ الثَّمَنِ، ولهذا يَبْقَىٰ الثَّمَنُ بعدَ مُضِيِّ الأَجَلِ.

والتحقيقُ هنا أنْ يُقالُ: إنَّ التحالفَ شُرِعَ بالنصِّ إذا وقَعَ الاختلافُ في الثَّمَنِ أو المُثْمَنِ، إذا أَمْكَنَ الفَسْخُ بعدَ التحالفِ؛ لِيَتَوَصَّلَ كُلُّ واحدٍ منهما إلىٰ رأسِ مالِه إذا لَمْ يَصِلْ لهُ ما ادَّعَىٰ قبْل صاحبِه، وهذا ممكنٌ عندَ الاختلافِ في الثَّمَنِ أوِ [٢/٣٤٦و] المُثْمَنِ؛ لأنَّهما إذا تحالفا؛ لَمْ يَثْبُتْ واحدٌ مِنَ الثَّمَنَيْنِ، أو المُثْمَنَيْنِ، فيَبْقَىٰ البَيْعُ بغيرِ ثَمَنٍ أوْ مُثْمَنٍ، وهوَ فَاسِدٌ، فيَجِبُ الرَّدُّ والمُتارَكةُ بسببِ الفَسَادِ.

وفيما نحنُ فيهِ اختلفَا في شرْطٍ زائدٍ، وهوَ الأَجَلُ والخِيَارُ، فإذا تحالفَا؛ لَمْ يَثْبُتِ الشَّرْطُ، والبَيْعُ يَبْقَىٰ صحيحًا بدونِه، كما لوْ عَقَدَ العَقْدَ بدونِه في الابتداءِ؛ فلَا يُمْكِنُ أنْ يفْسَخَ مع بقائِه علىٰ الصحَّةِ، وثَمَرَةُ التحالُفِ: الفَسْخُ، فلَا تحالُفَ في موضعٍ لَا يُؤدِّي إلىٰ الفَسْخِ.

ونُعلِّلُ أيضًا لخيارِ [١٢/١٣٩ظ/د] **الشَّرْطِ فنَقُولُ:** نوعُ خِيَارٍ، فالاختلافُ فيهِ لَا يُوجِبُ التحالفُ، كَخِيَارِ العَيْبِ.

وقالَ الإمامُ الأَسْبِيْجَابيُّ رحمه الله **في بيوعِ «شرْحِ الطَّحَاوِيِّ»:** «والأصلُ في هذا: أنَّ العَاقِدَيْنِ متىٰ اختلفا في المملوكِ بِالعَقْدِ؛ يتحالفانِ، ومتىٰ اختلفا في المملوكِ بالشَّرْطِ؛ لَمْ يتحالفا».

....

غاية البيان

أَوْ نَقُولُ: متىٰ اختلفا في كلمةِ العَقْدِ؛ تحالفا، ومتىٰ لَمْ يختلفا في كلمةِ العَقْدِ؛ لَمْ يتحالفَا، والأَجَلُ مملوكٌ بالشَّرْطِ، وليسَ في كلمةِ العَقْدِ، والثَّمَنُ والمُثْمَنُ مملوكٌ بِالعَقْدِ، وهوَ مِن كلمةِ العَقْدِ.

[٦/٩٤و/م] **ثُمَّ الاختلافُ في أَجَلِ الثَّمَنِ لَا يَخْلُو**: إمَّا أن يختلفا في أصْلِه، أوْ في قَدْرِه، أوْ في مُضِيِّه، وإنِ اختلفا في أصْلِه؛ فالقولُ قولُ البَائِعِ؛ لأَنَّهُ استفادَ مِن جهتِه، وإنِ اختلفا في قَدْرِه؛ فالقولُ قولُه أيضًا، والبَيِّنَةُ في المسألتيْنِ جميعًا بَيِّنَةُ المُشْتَرِي؛ لأَنَّهُ يُثْبِتُ الزِّيَادَةَ.

وإنِ اختلفا في مُضِيِّه مع اتفاقهما علىٰ القَدْرِ: فالقولُ قولُ المُشْتَرِي أَنَّهُ لَمْ يَمْضِ، والبَيِّنَةُ بَيِّنَتُه أيضًا؛ لأَنَّهُ يُثْبِتُ [الزِّيَادَةَ][1].

وإنِ اختلفا في المُضِيِّ والقَدْرِ: فالقولُ قولُ المُشْتَرِي في المُضِيِّ، وفي القَدْرِ: قولُ البَائِعِ، فيُجْعَلُ شهرًا لَمْ يَمْضِ، والبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ المُشْتَرِي، وهذا إذا كانَ المَبِيعُ عينًا.

فأَمَّا إذا كانَ دَيْنًا ـ يعني [١٢/١٤٠و/د]: السَّلَمَ ـ: **فالاختلافُ فيهِ لَا يُوجِبُ** التحالفَ والترادَّ عند علمائِنا الثلاثةِ ﵏؛ لأنهما اختلفا في المملوكِ بالشَّرْطِ.

وعند زُفَرَ ﵀: يتحالفانِ ويتَرَادَّانِ؛ لأَنَّ السَّلَمَ لَا يصحُّ إلَّا بهِ، فالاختلافُ فيهِ كالاختلافِ في صفةِ[2] السَّلَمِ.

ثُمَّ الاختلافُ في أَجَلِ السَّلَمِ لَا يَخْلُو: إمَّا إنِ اختلفا في أصْلِه، أوْ في قَدْرِه، أوْ في مُضِيِّه، أوْ فيهما جميعًا.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٢) وقع بالأصل: «في أجل». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

....

غاية البيان

أمَّا إذا اختلفَا في أصْلِه: فإنه يُنْظَرُ: إنْ كانَ مُدَّعِي الأَجَل هوَ ربُّ السَّلَم؛ فالقولُ قولُه قياسًا واستحسانًا، ويجوزُ السَّلَمُ، وإنْ كانَ مُدَّعِي الأَجَل هوَ الْمُسْلَمُ إليه؛ فالقولُ قولُه أيضًا استحسانًا، ويجوز السَّلَمُ، وهوَ قولُ أبي حَنِيفَةَ.

وقالَ أبو يوسفَ ومحمد رحمهما الله: القولُ قولُ ربِّ السَّلَمِ، ويَفْسُدُ السَّلَمُ[1]، وهوَ القياسُ.

ولوِ اختلفا في قَدْرِه: فالقولُ قولُ ربِّ السَّلَمِ، ولو اختلفا في مُضِيِّه؛ فالقولُ قولُ الْمُسْلَمِ إليه، والبَيِّنَةُ أيضًا بَيِّنَتُه.

وإنِ اختلفا في قَدْرِه ومُضِيِّه: فالقولُ في القَدْرِ قولُ ربِّ السَّلَم، والقولُ في المُضِيِّ قولُ الْمُسْلَمِ إليه، ولوْ أقاما جميعًا البَيِّنَةَ؛ فالبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الْمُسْلَمِ إليهِ على إثباتِ الزِّيَادَةِ، وأنَّه لَمْ يَمْضِ.

وقالَ في «الفتاوى الوَلْوَالِجِيّ»: «وإنِ اختلفا في الأَجَلِ؛ فهذا على ثلاثةِ أوجهٍ:

إنِ اختلفا في أصلِ الأَجَلِ ـ بأنْ قالَ أحدُهما: كانَ بأجلٍ، وقالَ الآخرُ: بغيرِ أَجَلٍ ـ: إنْ كانَ المُدَّعِي للأَجَلِ هوَ [١٢/١٤٠ظ/د] الطالبُ[2]؛ فالقولُ قولُ الطالبِ مع يمينِه؛ لأنهما اتفقا على عَقْدٍ واحدٍ، واختلفا في جوازِه وفسادِه، فوَجَبَ أن يَكُونَ القولُ قولَ مِن يدَّعِي الجوازَ؛ لأنَّهُ متمسِّكٌ بالظاهرِ الذي يدعُوه عقْلُه ودِينُه؛ كما في النِّكَاحِ والبَيْعِ والإجَارَةِ إذا ادَّعَى أحدُهما الفَسَادَ؛ فالقولُ قولُ مَن يدَّعِي الجوازَ، فكذا هنا، وإنْ كانَ المُدَّعِي للأَجَلِ هوَ المطلوبُ[3]:

قالَ أبو حَنِيفَةَ رضي الله عنه: القولُ قولُ المطلوبِ.

---

(١) وقع بالأصل: «ويَفْسُد الْمُسْلَم». والمثبت من: «ن»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٢) هو ربُّ السَّلَم. كذا جاء في حاشية: النسخة الأم «د»، و«م»، و«د».

(٣) وهو المُسْلَم إليه. كذا جاء في حاشية: «م»، و«د».

....

وقالَ أبو يوسفَ ومحمدٌ ﷺ [٢/٣٤٦ظ]: القولُ قولُ الطالبِ(١).

فالحاصلُ: أنَّ عندَ أبي حَنِيفَةَ: القولُ قولُ مَن يدَّعِي الأَجَلَ، طالبًا كانَ أوْ مطلوبًا.

وعندَهما: القولُ قولُ الطالبِ مُدَّعِيًا كانَ للأَجَلِ أوْ مُنْكِرًا(٢).

هما يقولانِ: إنَّ الطالبَ بإنكارِ الأَجَلِ وإنْ كانَ يدَّعِي فَسَادَ العَقْدِ، إلَّا أَنَّهُ بدعوىٰ الفَسَادِ يدفَعُ عن نفسِه استحقاقًا؛ لأَنَّهُ يَكُونُ مُنْكِرًا، بخلافِ ما لوْ أنكرَ المطلوبُ الأَجَلَ؛ لأنَّهُ بإنكارِ الأَجَلِ يدَّعِي فَسَادَ العَقْدِ مِن غيرِ أنْ يدفَعَ عن نفسِه اسْتِحْقَاقَ شيءٍ للحالِ.

وأبو حَنِيفَةَ يَقُولُ: اتفقا علىٰ عَقْدٍ واحدٍ، واختلفا في الفَسَادِ والجوازِ، فيَكُونُ القولُ قولَ مَن يدَّعِي الجوازَ، كما لوْ كانَ الطالبُ مُدَّعِيًا للأَجَلِ، والمطلوبُ مُنْكِرًا.

هذا هوَ الكلامُ في الوجهِ الأَوَّلِ، وهوَ الاختلافُ في أَصْلِ الأجلِ.

[١٢/١٤١و/د] وأمَّا الوجهُ الثاني ـ وهوَ الاختلافُ في مقدارِ الأَجَلِ إنْ لَمْ [٦/٩٤ظ/م] يَقُمْ لأحدِهما بَيِّنَةٌ ـ: فالقولُ قولُ الطالبِ مع يمينِه، ولا يتحالفانِ؛ لأَنَّ النصَّ يتناوَلُ الاختلافَ في المَعْقُودِ عليْهِ أوْ في الثَّمَنِ؛ لأنَّهُ دَلَّ علىٰ وجوبِ التحالفِ باختلافِ المتبايعينِ، وهوَ اسمٌ مُشْتَقٌّ مِنَ البَيْعِ، فيَتَعَلَّقُ وجوبُ التحالفِ باختلافِهما فيما يُوجَدُ مِنَ البَيْعِ، وذلكَ المَعْقُودُ عليْهِ أو الثَّمَنُ، وإنْ قامتْ لأحدِهما البَيِّنَةُ: يُقْضَىٰ ببيِّنتِه، وإنْ قامَتْ لهما البَيِّنَةُ: يُقْضَىٰ بِبَيِّنَةِ المطلوبِ؛ لأَنَّهُ يُثْبِتُ الزِّيَادَةَ.

وأمَّا الوجهُ الثالثُ ـ وهوَ الاختلافُ في مُضِيِّ الأَجَلِ ـ بأنْ قالَ الطالبُ: كانَ

---

(١) هو ربُّ السَّلَم. كذا جاء في حاشية: «م»، و«د».

(٢) ينظر: «تبيين الحقائق» [٤/٣٠٦]، «العناية» [٨/٢١١]، «مجمع الأنهر» [٢/٢٦٤].

هَذَا اخْتِلَافٌ فِي غَيْرِ الْمَعْقُودِ عليْهِ وَالْمَعْقُودِ بِهِ، فَأَشْبَهَ الِاخْتِلَافُ فِي الْحَطِّ وَالْإِبْرَاءِ، وَهَذَا لِأَنَّ بِانْعِدَامِهِ لَا يَخْتَلُّ مَا بِهِ قِوَامُ الْعَقْدِ، بِخِلَافِ الِاخْتِلَافِ

غاية البيان

الشهر وقدْ مضىٰ، وقالَ المطلوبُ: كانَ شهرًا، لكنَّه لَمْ يَمْضِ، وإنما أخذتُ منكَ السَّلَمَ الساعةَ، إنْ لَمْ تَقُمْ لهما البَيِّنَةُ ـ: فالقولُ قولُ المطلوبِ مع يمينِه؛ لأنَّ الطالبَ يدَّعِي توجُّهَ المطالبةِ بالمُسْلَمِ فيه، والمطلوبُ يُنْكِرُ.

فإنْ أقامَ أحدُهما البَيِّنَةَ: يُقْضَىٰ ببيِّنتِه، وإنْ قامَتْ لهما البَيِّنَةُ: فالبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ المطلوبِ؛ لأنَّ بَيِّنَتَه تُثْبِتُ زيادةَ أَجَلٍ مِن حيثُ المعنىٰ، فكانَ القولُ قولَه في شيءٍ، والبَيِّنَةُ بَيِّنَتُه في شيءٍ آخرَ»[1].

قولُه: (هَذَا اخْتِلَافٌ فِي غَيْرِ الْمَعْقُودِ عليْهِ وَالْمَعْقُودِ بِهِ)، أي: الاختلافُ في الأَجَلِ ـ أوْ شرْطِ الخِيَارِ، أوِ اسْتِيفَاءِ بعضِ الثَّمَنِ ـ اختلافٌ في غيرِ المَعْقُودِ عليه، وهوَ المَبِيعُ، واختلافٌ في غيرِ المَعْقُودِ به [١٢/١٤١ظ/د]، وهوَ الثَّمَنُ، فأشبَهَ الاختلافَ في الحَطِّ والإبراءِ، وذلكَ لَا يُوجِبُ التحالفَ، فكذا هذا.

قولُه: (وَهَذَا لِأَنَّ بِانْعِدَامِهِ لَا يَخْتَلُّ مَا بِهِ قِوَامُ الْعَقْدِ)، إِشَارَةٌ إلىٰ قولِه: **(اخْتِلَافٌ فِي غَيْرِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ)**، وإنما لَمْ يختَلَّ قِوَامُ العَقْدِ؛ لأنَّ الأَجَلَ وشَرْطَ الخِيَارِ أمرٌ زائدٌ في العَقْدِ؛ لأنَّ العَقْدَ يصحُّ بدونِهما، بخلافِ الثَّمَنِ والمُثْمَنِ؛ فإنَّ قِوَامَ العَقْدِ بهما لَا يصحُّ عقْدُ البيعِ بدونِهما، ولهذا اختلفا في الثَّمَنِ، فشهِدَ أحدُ الشاهدَيْنِ بالبَيْعِ بألفِ درهمٍ، والآخرُ بالدنانيرِ؛ لَا يُقْبَلُ.

ولو اختلفا في الأَجَلِ، فشهِدَ أحدُهما بالبَيْعِ بألفٍ إلىٰ شهرٍ، والآخرُ بالبَيْعِ بألفٍ؛ يُقْبَلُ ويُقْضَىٰ بالبَيْعِ بألفٍ حالَّةٍ، وكذلكَ لوْ شهِدَ أحدُهما أنَّهُ باعَهُ بشَرْطِ الخِيَارِ ثلاثةَ أيامٍ، والآخرُ شهِدَ أنَّهُ باعَهُ ولَمْ يَذْكُرِ الخِيَارَ؛ جازتِ الشَّهَادَةُ.

---

(١) انتهىٰ النقل من «الفتاوىٰ الولواجية» [٣/١٧٢، ١٧٣].

فِي وَصْفِ الثَّمَنِ وَجِنْسِهِ، حَيْثُ يَكُونُ بِمَنْزِلَةِ الِاخْتِلَافِ فِي الْقَدْرِ فِي جَرَيَانِ التَّحَالُفِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَرْجِعُ إِلَىٰ نَفْسِ الثَّمَنِ، فَإِنَّ الثَّمَنَ دَيْنٌ وَهُوَ يُعْرَفُ بِالْوَصْفِ، وَلَا كَذَلِكَ الْأَجَلُ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِوَصْفٍ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّ الثَّمَنَ مَوْجُودٌ بَعْدَ مُضِيِّهِ.

قَالَ: **وَالْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ يُنْكِرُ الْخِيَارَ وَالْأَجَلَ مَعَ يَمِينِهِ**؛ لِأَنَّهُمَا يَثْبُتَانِ بِعَارِضِ الشَّرْطِ، وَالْقَوْلُ لِمُنْكِرِ الْعَوَارِضِ.

قَالَ: فَإِنْ هَلَكَ الْمَبِيعُ، ثُمَّ اخْتَلَفَا؛ لَمْ يَتَحَالَفَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَتَحَالَفَانِ وَيُفْسَخُ الْبَيْعُ عَلَىٰ قِيمَةِ الْهَالِكِ

غاية البيان

قولُه: (فِي وَصْفِ الثَّمَنِ)، أي: في جَوْدتِه، ورداءتِه، وجنسِه، وهوَ كونُ الثَّمَن دراهم أوْ دنانير.

قولُه: (قَالَ: وَالْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ يُنْكِرُ الْخِيَارَ وَالْأَجَلَ مَعَ يَمِينِهِ)، أي: قالَ [٦/٩٥و/م] القُدُورِيُّ في «**مختصرِه**»[1]، **يَعْنِي**: إذا لَمْ يتحالفا كانَ القولُ قولَ المُنْكِرِ؛ لأنَّ ذلكَ أمرٌ عارِضٌ، والقولُ قولَ المُنْكِر في العوَارِضِ، وهذا **ظاهرُ الروايةِ**.

وعنْ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: [أنَّ][2] القولَ قولُ مَن يدَّعِي الخِيَارَ. **كذا** في «**المختلفِ**»؛ لأنَّهُ يُنْكِرُ زوالَه عن مِلْكِه، أوْ وجوبَ الثَّمَنِ عليه.

قولُه: (قَالَ: فَإِنْ هَلَكَ الْمَبِيعُ، ثُمَّ اخْتَلَفَا؛ لَمْ يَتَحَالَفَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ رحمه الله: **يَتَحَالَفَانِ وَيُفْسَخُ الْبَيْعُ** [١٢/١٤٢و/د] **عَلَىٰ قِيمَةِ الْهَالِكِ)**[3]،

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢١٧].

(٢) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٣) والصحيح قولهما، وعليه مشىٰ المحبوبي والنسفي وغيرهما كما هو الرسم. ينظر: «العناية» [٢١١/٨]، «الجوهرة النيرة» [٢٢١/٢]، «مجمع الأنهر» [٢٦٥/٢]، «التصحيح والترجيح»=

وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ، ....

غاية البيان

أي [٣٤٧/٢و]: قالَ القُدُورِيُّ في «**مختصرِه**»[(١)].

قال الإمامُ علاءُ الدين العالمُ في «طريقةِ الخلافِ»: «قالَ أبو حَنِيفَةَ وأبو يوسفَ رضي الله عنهما: إذا اختلفَ المتبايعانِ في مقدارِ الثَّمَنِ، والسِّلْعَةُ هالكةٌ بعد القَبْضِ لَا يتحالفانِ؛ فالقولُ[(٢)] قولُ المُشْتَرِي مع يمينِه، وقال محمدٌ والشَّافِعِيُّ رضي الله عنهما: يتحالَفانِ ويتَرادَّانِ العَقْدَ بِالقِيمَةِ[(٣)]، وأجمعُوا على أنَّ السِّلْعَةَ إذا كانَتْ قائمةً يتحالفانِ، سواءٌ كانَ قبْلَ القَبْضِ أوْ بعدَ القَبْضِ»[(٤)].

وحاصلُ الخلافِ في تَحْلِيفِ البَائِعِ عندنا: لَا يُحَلَّفُ البَائِعُ.

وعندهما: يُحَلَّفُ.

وَجْهُ قولِ محمدٍ: أنَّ كلَّ واحدٍ منهما مدَّعٍ، ومُدَّعًى عليه، فإنَّ البَائِعَ يدَّعِي عقدًا يُنْكِرُه المُشْتَرِي، والمُشْتَرِي يدَّعِي عقدًا يُنْكِرُه البَائِعُ، وله في هذه الدعوىٰ فائدةٌ، وهي دفْعُ الزِّيادَةِ التي يدَّعيها البَائِعُ، فيتحالفانِ، ولهذا تُقبل بَيِّنَتُه علىٰ دعواه؛ لأنَّها صحيحةٌ، فيتوجَّه اليَمِينُ لهُ علىٰ البَائِعِ أيضًا؛ لأنَّ دعوىٰ المُشْتَرِي صحيحةٌ.

يُؤَيِّدُه: قولُه عليه السلام: «**إذَا اخْتَلَفَا الْمُتَبَايِعَانِ، تَحَالَفَا وَتَرَادَّا**»[(٥)]، منْ غيرِ فصْلٍ بينَ قيامِ السِّلْعَةِ وهلاكِها، يَدُلُّ عليْهِ الأحكامُ:

= [٤٣٣]، «اللباب» [٤٧/٤].

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢١٧].

(٢) وقع بالأصل: «والقول». والمثبت من: «ن»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٣) ينظر: «الوسيط في المذهب» للغزالي [٢٠٥/٣]، و«العزيز شرح الوجيز» للرافعي [٣٧٥/٤].

(٤) ينظر: «طريقة الخلاف» للعلاء السمرقندي [ص/٣٤٩].

(٥) مضىٰ تخريجه.

....

كما إذا اختلَفا في جنسِ [١٤٢/١٢ظ/د] العَقْدِ بعدَ هلاكِ السِّلْعَةِ؛ بأنِ ادَّعَىٰ أحدُهما البَيْعَ، والآخرُ الهِبَةَ.

أو اختلفا في جنسِ الثَّمَنِ؛ بأنِ ادَّعَىٰ أحدُهما البَيْعَ بالدراهمِ، والآخرُ البَيْعَ بالدنانيرِ؛ يتحالفانِ ويتَرَادَّانِ.

وكذلكَ لوِ اختلفا في مقدارِ الثَّمَنِ حالَ قيامِ السِّلْعَةِ قبْلَ القَبْضِ؛ يتحالفا، فكذا هذا. كذا في نُسَخِ «**طريقةِ الخلافِ**»(١).

ولنا: أنَّ التحالفَ بعدَ القَبْضِ حالَ قيامِ السِّلْعَةِ ثَبتَ بخلافِ القياسِ بقولِه ﷺ: «**إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ، وَالسِّلْعَةُ قَائِمَةٌ؛ تَحَالَفَا وَتَرَادَّا**»(٢)، لأنَّ المُشْتَرِيَ ليسَ بمدَّعٍ حقيقةً؛ لأنَّ المُدَّعَىٰ هنا: هوَ الشِّرَاءُ، والشِّرَاءُ لَا يُرَادُ لذاتِه، وإنما يُرَادُ لحُكْمِه، وحُكْمُ الشِّرَاءِ: لزومُ الثَّمَنِ، وسلامةُ المَبِيعِ للمُشْتَرِي، فلوْ كانَ مُدَّعِيًا للشِّرَاءِ لَا يَخْلُو: إمَّا إنْ كانَ مُدَّعِيًا للزومِ الثَّمَنِ، أوْ سلامةِ المَبِيعِ للمُشْتَرِي، فلَا وَجْهَ [٩٥/٦ظ/م] إلىٰ الأوَّلِ؛ لأنَّهُ حُكْمٌ يَلْزَمُه لغيرِه، فكيفَ يَصْلُحُ مُدَّعِيًا.

ولا وَجْهَ إلىٰ الثاني أيضًا؛ لأنَّ المَبِيعَ سالمٌ لهُ بدونِ الدعوىٰ، والبَائِعُ مُقِرٌّ بذلك، فإذا لَمْ يَكُنِ المُشْتَرِي مُدَّعِيًا؛ لَا يَتَوَجَّهُ اليَمِينُ علىٰ البَائِعِ؛ لأنَّ اليَمِينَ علىٰ المُنْكِرِ بالحديثِ، وقدْ عُرِفَ أنَّ الحُكْمَ إذا ثَبتَ بخلافِ القياسِ لَا يتعدَّىٰ إلىٰ غيرِ مَوْرِدِ النصِّ، فلَا يَثْبُتُ التحالفُ حالَ [١٤٣/١٢و/د] هلاكِ السِّلْعَةِ.

والجوابُ عنِ الحديثِ الذي رواهُ محمدٌ فنَقُولُ: مُقَيَّدٌ بحالِ قيامِ السِّلْعَةِ، وإنْ ورَدَ مطلقًا عنه بدلالةٍ متصلةٍ، وهيَ قولُه: «**وَتَرَادَّا**»؛ **لأنَّ** الرَّدَّ نقضُ القَبْضِ، ونقْضُ القَبْضِ بعدَ هلاكِ السِّلْعَةِ لَا يُتَصَوَّرُ.

---

(١) ينظر: «طريقة الخلاف» للعلاء السمرقندي [ص/٣٤٩].

(٢) مضىٰ تخريجه.

....

غاية البيان

أوْ نَقُولُ: المُطْلَقُ والمُقَيَّدُ إذا ورَدَا[١] في حادثةٍ واحدةٍ في حُكْمٍ واحدٍ؛ يُحْمَلُ المُطْلَقُ علىٰ المُقَيَّدِ علىٰ ما هوَ المختارُ، وقدْ مَرَّ ذلك في كتابِنا الموسومِ بـ«**التبْيِينِ**»[٢]، فلَا يَبْقَىٰ ذلك الحديثُ مطلقًا.

والجوابُ عنْ قولِه: «إنّ دعواهُ تُفِيدُ دفْعَ زيادةِ الثَّمَنِ». فنَقُولُ: الفائدةُ يَجِبُ أنْ تَثْبُتَ فيما يُوجِبُه العَقْدُ للمُشْتَرِي، وذلكَ مِلْكُ الذَّاتِ واليدِ، فأَمَّا قَدْرُ الثَّمَنِ: فهوَ حقُّ البَائِعِ، لَا حقَّ المُشْتَرِي، ولا فائدةَ لهُ فيه، ودَفْعُ زيادةِ الثَّمَنِ يحْصُلُ بيمينِ المُشْتَرِي، فلَا حاجةَ إلىٰ يَمِينِ البَائِعِ.

والجوابُ عنِ الأحكامِ فنَقُولُ: إذا اختلفا في جنسِ العَقْدِ، وجنسِ الثَّمَنِ حالَ هلاكِ السِّلْعَةِ؛ سَلَّمَ بعضُ أصحابِنا وخرَّجُوا وقالُوا: كُلُّ واحدٍ منهما يُحَلَّفُ علىٰ عَقْدٍ غيرِ العَقْدِ الذي حلفَ عليْهِ الآخرُ، فإذا حَلَفا؛ لَمْ يظهرْ واحدٌ مِنَ العقدَيْنِ، فبَقِيَتِ العينُ في يدِه تالفةً مِن مِلْكِ غيرِه[٣]، فتَجِبُ قيمتُها مِنْ غيرِ فَسْخٍ.

[١٢/١٤٣ظ/د] وفي مسألتِنا اتفَقا[٤] علىٰ عَقْدٍ واحدٍ، فإذا لَمْ تَثْبُتِ الزِّيَادَةُ؛ احتَجْنا إلىٰ فَسْخِ عَقْدٍ ثابتٍ [٢/٣٤٧ظ] باتفاقِهما، والفَسْخُ ابتداءً لَا يَقَعُ في هالكٍ، وبعضُ أصحابِنا منعوا وقالوا: لأنهما علىٰ هذا الخلافِ، **وهوَ الصحيحُ**، والمذكورُ في بعضِ الكتبِ قولُ محمدٍ رحمه الله. كذا ذكرَ علاءُ الدِّين العالمُ في «**طريقةِ الخلافِ**»[٥].

وأمَّا إذا اختلفا في مقدارِ الثَّمَنِ حالَ قيامِ السِّلْعَةِ قبْلَ القَبْضِ فنَقُولُ: كُلُّ واحدٍ

---

(١) وقع بالأصل: «ورد». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٢) ينظر: «التَّبْيِين شرح الأخْسِيكَثِيّ» للمؤلف [١/٣٦٨ - ٦٣٧].

(٣) في «غ»: «من غير ملكه».

(٤) وقع بالأصل: «اتفقوا». والمثبت من: النسخة الأم «د»، و«ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٥) ينظر: «طريقة الخلاف» للعلاء السمرقندي [ص/٣٤٩ - ٣٥٢].

. . . .

منهما مدَّعٍ حقيقةً ، مُنْكِرٌ حقيقةً ؛ لأنَّ البائعَ يدَّعِي تسليمَ الثمنِ الذي يَدَّعِيه ، مُقابلًا بهذا المَبيعِ ، والمشتري يُنْكِرُه ، والمشتري يدَّعِي تسليمَ المَبيع بهذا القدْرِ مِنَ الثمنِ الذي يدَّعِي ، والبائعُ يُنْكِرُ ، فكانَ كُلّ واحدٍ منهما مُنْكِرًا حقيقةً ، فجازَ تحليفُه ، أمَّا هنا : فبخلافِه .

فَإِنْ قُلْتَ: صورةُ الدعوىٰ حاصلةٌ مِنَ المُشْتَرِي وإنْ لَمْ يَكُنْ مُدَّعِيًا [٦/٩٦و/م] حقيقةً ، فيَنْبَغِي أنْ تَكُونَ الصورةُ كافيةً لتوجُّهِ اليَمِينِ على البَائِعِ ، كما هيَ كافيةٌ لقبولِ بَيِّنَةِ المُشْتَرِي .

قُلْتُ: الفرقُ بينَ البَيِّنَةِ واليَمِينِ ظاهرٌ ؛ لأنَّ اليَمِينَ يتوجَّهُ على المُدَّعَىٰ عليه ، وهوَ واقفٌ على حقيقةِ الحالِ ، فلَمْ يُكْتَفَ بصورةِ الدعوىٰ ، والبَيِّنَةُ قولُ الشهودِ ، ولا وقوفَ لهم ولا عِلْمَ على حقيقةِ [١٢/١٤٤و/د] الدعوىٰ ، فاكْتُفِيَ بصورتِها ، ولهذا إذا قالَ المُودَعُ : رددتُ الوَدِيعَةَ ، أوْ هلكَتْ ، وأقامَ البَيِّنَةَ على ذلك ؛ تُقبَلُ ، ولكنْ لَا يُحَلَّفُ المالكُ وإنْ كانَ مُنْكِرًا صورةً ؛ لكونِ المُودَعِ مُدَّعِيًا صورةً .

وجملةُ القولِ هنا: ما قاله في «**شرحِ الطَّحَاوِيِّ**»[1] : «إذا اختلَفا والمَبِيعُ هالكٌ في يدِ المُشْتَرِي ؛ سَقَطَ التحالفُ في قولِ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ رضي الله عنهما ، والقولُ قولُ المُشْتَرِي في الثَّمَنِ مع يمينِه ، فإنْ حَلَفَ أعْطَىٰ ما قالَ ، وإنْ نَكَلَ لزمَه ما قالَ البَائِعُ .

وقالَ محمدٌ رضي الله عنه : يتحالَفانِ ، ويتَرَادَّانِ القِيمَةَ ، وهلاكُ السِّلْعَةِ عندَه لَا يَمْنَعُ التحالفَ ، ولو اختلفا في مقدارِ القِيمَةِ بعدَ التحالفِ ؛ فالقولُ قولُ المُشْتَرِي مع يمينِه ، ولو ادَّعَىٰ أحدُهما الهِبَةَ ، والآخرُ المَبِيعَ ؛ فإنهما يتحالفانِ بالإجماعِ وإنْ كانَ المَعْقُودُ عليْهِ هالكًا .

(١) ينظر : «شرح الطَّحَاوِيّ» للأَسْبِيْجَابيّ [٢/ق١٧٧/ب/ مخطوط مكتبة شهيد علي ـ تركيا/ (رقم الحفظ : ٨١٦)] .

....

ولوْ أتلفَ المَعْقُودَ عليْهِ أجنبيٌّ قبْلَ القَبْضِ، وانقلبَ إلىٰ القِيمَةِ، واختلفا في الثَّمَنِ؛ فإنهما يتحالفانِ بالإجماعِ؛ لأنَّ القِيمَةَ قائمةٌ مقامَ العينِ، وهذانِ الفصلانِ حُجةُ محمدٍ رحمه الله.

ثُمَّ الهلاكُ علىٰ ضربيْنِ: هلاكٍ حقيقيٍّ، وهلاكٍ حُكْمِيٍّ.

أمَّا الهلاكُ الحقيقيُّ: فظاهرٌ، وهوَ أنْ يهلكَ العبدُ، أوْ كانَ طعامًا فأكَلَه [١٢/١٤٤ظ/د]، أوْ [كانَ][1] ثوبًا فأحْرَقَه، وما أشبَهَ ذلكَ مما يُوجِبُ الفواتَ.

والهلاكُ الحُكْمِيُّ: أنْ يخْرجَ مِن مِلْكه كلّه أوْ بعضَه، وخروجُ البعضِ مِن مِلْكِه في مَنْعِ التحالفِ بمنزلةِ خروجِ الكلِّ عندَ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ رضي الله عنهما؛ لأنَّهُ يُؤدِّي إلىٰ تفريقِ الصَّفْقَةِ علىٰ البَائِعِ، إلَّا إذا رَضِيَ أنْ يَأْخُذَ القائمَ وحصةَ الفائتِ مِنَ الثَّمَنِ بقولِ المُشْتَرِي، فحينئذٍ يتحالفانِ ويتَرَادَّانِ فيما بقِيَ في مِلْكِ المُشْتَرِي، وعليْهِ حصةُ الخارجِ مِن مِلْكِه بقولِه.

وعند محمدٍ: خروجُ الكلِّ مِنْ مِلْكِه لَا يُسْقِطُ التحالفَ، كذلكَ خروج البعضِ، ثم إذا تحالفا يُنْظَرُ:

إنْ خرَجَ الكلُّ مِن مِلْكِه؛ فعلىٰ المُشْتَرِي ردُّ القِيمَة، أوْ مِثْله إنْ كانَ مثليًّا.

وإنْ خرَجَ البعضُ مِن مِلْكِه، فإنه يُنْظَرُ: إنْ كانَ المَبِيعُ ممَّا في تبْعِيضِه ضرَرٌ، ويَكُونُ التَّبْعِيضُ فيهِ عيبًا؛ فالبَائِعُ بِالخِيَارِ بعدَ التحالفِ: إنْ شاءَ أخذَ البَاقِيَ وقِيمَةَ الهالكِ، وإنْ شاءَ ردَّ البَاقِيَ وأخذَ قِيمَةَ الكلِّ.

وإنْ كانَ [٦/٩٦ظ/م] المَبِيعُ مما ليسَ في تبعيضِه ضرَرٌ، ولا يَكُونُ التَّبْعِيضُ فيهِ عيبًا؛ فللبائعِ أنْ يَأْخُذَ البَاقِيَ ومِثْلَ الفائتِ، وإنْ عادَ إلىٰ مِلْكِه ثُمَّ اختلفا يُنْظَرُ: إنْ

---

(١) **ما بين المعقوفتين:** زيادة من: النسخة الأم «د»، و«ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

. . . .

كانَ العَوْدُ فسْخًا ؛ يتحالفانِ ويتَرَادَّانِ العينَ ، وإنْ كانَ عادَ بحُكْمِ مِلْكٍ جديدٍ ؛ لَا يتحالفانِ في [١٢/١٤٤و/د] قولِ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ ﷺ.

وقالَ محمدٌ ﷺ: يتحالفانِ ويتَرَادَّانِ القِيمَةَ دونَ العينِ[١].

ولوِ اختلفا في [٢/٣٤٨و] الثَّمَنِ بعدما ازدادَ المَبِيعُ في يدِ المُشْتَرِي ؛ فالزيادةُ لَا تَخْلُو: إمَّا أنْ تَكُونَ متصلةً متولِّدةً مِنَ الأصلِ ، كالسِّمَنِ ، والجَمَالِ والحُسْنِ وغيره ، أوْ غيرَ متولِّدةٍ مِنَ الأصلِ ، كَالصِّبْغِ في الثَّوْبِ ، وكالبناءِ في الأرضِ والغَرْسِ ، وغيرِ ذلكَ ، أوْ منفصلةً متولدةً مِنَ الأصلِ ، كالولدِ ، والأَرْشِ ، والعُقْرِ[٢] ، أوْ غيرَ متولِّدةٍ ، كَالْهِبَةِ ، والكَسْبِ ، والغَلَّةِ.

أمَّا إذا كانَتِ الزِّيَادَةُ متصلةً متولِّدةً مِنَ الأصلِ ؛ فإنَّه يَمْنَعُ التحالفَ في قولِ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ ؛ لأنَّ الزِّيَادَةَ المتصلةَ تمْنَعُ الفَسْخَ في عُقُودِ المُبَادَلَاتِ علىٰ قولِهما.

وعندَ محمدٍ: لَا تمْنَعُ الفَسْخَ ، ويتَرَادَّانِ العينَ[٣].

وإنْ كانَتْ متصلةً غيرَ متولِّدةٍ مِنَ الأصلِ: فهوَ علىٰ الخلافِ ، إلَّا أنَّ محمدًا ﷺ قالَ: يتحالفانِ ويتَرَادَّانِ القِيمَةَ ؛ لأنَّ هذا هالكٌ بطريقِ الحُكْمِ ، والهلاكُ لَا يَمْنَعُ التحالفَ ، ولكنْ تُرَدُّ القِيمَةُ.

وإنْ كانَتِ الزِّيَادَةُ [١٢/١٤٤ظ/د] منفصلةً غيرَ متولِّدةٍ ؛ فإنه يَمْنَعُ الفَسْخَ بالإجماعِ ، ويتحالَفانِ ويتَرَادَّانِ المَبِيعَ دونَ الزِّيَادَةِ ، والزِّيَادَةُ للمُشْتَرِي ، ويَطِيبُ له.

---

(١) ينظر: «البناية شرح الهداية» [٩/٣٦٠].

(٢) العُقْر: صَدَاق المرأة إذا وُطِئَتْ بشبْهة. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٣) ينظر: «تحفة الفقهاء» [٢/١٠٠]، «بدائع الصنائع» [٤/٥٣٧]، «الجوهرة النيرة» [١/٢٤٧]، «الفتاوىٰ الهندية» [٣/٨٢].

....

ولو اختلفا في الثَّمَنِ بعدما انتقصَ المَبِيعُ في يدِ المُشْتَرِي ؛ فإنه يُنْظَرُ:

إنْ كانَ النُّقْصَانُ بآفةٍ سماويةٍ ، أوْ بفِعْلِ المُشْتَرِي ، أوْ بفِعْلِ المَبِيع ؛ فإنهما لَا يتحالفانِ ، والقولُ قولُ المُشْتَرِي علىٰ قولِهما ، إلَّا إذا رَضِيَ البَائِعُ أنْ يأْخُذَ ناقصًا ، ولا يَأْخُذ لأَجْلِ النُّقْصَانِ شيئًا ، فحينئذٍ يتحالفانِ ويتَرَادَّانِ العينَ.

وعندَ محمدٍ: يتحالفانِ ، ثم البَائِعُ بِالخِيَارِ: إن شاءَ أخَذَه ناقصًا ، ولا يَأْخُذُ لأجْلِ النُّقْصَانِ شيئًا ، وإنْ شاءَ ترَكَ وأخَذَ القِيمَةَ.

وقالَ بعضُهم: علىٰ قولِه إنِ اختارَ أخْذَ العينِ ؛ يَأْخُذُ معه النُّقْصَانَ ، كالمقبوضِ بالبَيْعِ الفَاسِدِ ، وإنْ كانَ النُّقْصَانُ بفِعْلِ الأجنبيِّ ، أوْ بفِعْلِ البَائِع ؛ وجَبَ الْأَرْشُ ، ويَمْنَعُ التحالفَ في قولِهما ، ويَكُونُ القولُ قولَ المُشْتَرِي.

وعندَ محمدٍ: يتحالفانِ ويتَرَادَّانِ [٦/٩٧و/م] القِيمَةَ ، هذا كلُّه إذا هلكَ المَبِيعُ كلُّه ، أوْ بعضُه هلاكًا حقيقةً ، أوْ حُكْمًا.

وأمَّا إذا كانَ المَبِيعُ قائمًا ، ولكنَّه ماتَ أحدُ المُتَعَاقِدَينِ ، أوْ ماتا جميعًا ، ثم وقَعَ الاختلافُ بين الوارِثينَ ، أوْ بين أحدِهما وورَثةِ الآخرِ ، فإنَّه يُنْظَرُ: إنْ كانَ المَبِيعُ غيرَ مَقْبُوضٍ ؛ فإنهما يتحالَفانِ ويتَرَادَّانِ [١٢/١٤٦و/د] ، إلَّا أنَّ اليَمِينَ علىٰ الورثةِ علىٰ العِلْمِ ؛ لأنهم يحْلِفونَ علىٰ فِعْلِ الغيرِ ، وإنما جرىٰ التحالفُ بينهما ؛ لأنَّ القَبْضَ لهُ تُشَابُهٌ بِالعَقْدِ.

ولوْ كانَ المَبِيعُ مقبوضًا: فلَا تحالفَ بينهما في قولِ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ ﵄ ، والقولُ قولُ المُشْتَرِي ، أوْ ورثتِه بعدَ وفاتِه ؛ لأنَّ مِن مذهبِهما: أنَّ هلاكَ المَعْقُود عليْهِ يُسْقِطُ التحالفَ ، وكذلكَ هلاكُ العَاقِدَيْنِ.

وعندَ محمدٍ: يتحالَفانِ ويتَرَادَّانِ القِيمَةَ ؛ لأنَّ مِن مذهبِه: أنَّ هلاكَ المَعْقُودِ

....

عليْهِ لَا يَمْنَعُ التحالفَ، كذلكَ هلاكُ العَاقِد، وهذا كلُّه إذا اتفقا مع اختلافِهما على أنَّ الثَّمَنَ دينٌ.

ولو اختلفَا في عينِ الثَّمَنِ ودَيْنِه، فادَّعَى البَائِعُ أنَّ الثَّمَنَ عيْنٌ، وادَّعَى الآخرُ الدَّيْنَ، فإنْ كانَ مُدَّعِي العينِ هوَ البَائِعُ، كما إذا قالَ: بِعْتُ منكَ جاريتي بعبدِك هذا، والمُشْتَرِي يَقُولُ: اشْتَرَيْتُ منكَ بألفٍ، فإنْ كانَتِ الجَارِيَةُ قائمةً: يتحالفانِ ويتَرَادَّانِ، وإنْ كانَتْ هالكةً عندَ المُشْتَرِي: سَقَطَ التحالفُ، والقولُ قولُ المُشْتَرِي.

وعندَ محمد رحمه الله: يتحالفانِ، ولوْ كانَ مُدَّعِي العينِ هوَ المُشْتَرِي، وهوَ أنْ يَقُولَ: اشْتَرَيْتُ جاريتَك بغلامِي هذا. فقالَ البَائِعُ: بعتُها منكَ بألفِ درهمٍ، أوْ بمئةِ [١٢/١٤٦ظ/د] دينارٍ، فإنْ كانَتِ الجَارِيَةُ قائمةً: يتحالفانِ، وإنْ كانَتْ هالكةً كذلكَ: يتحالفانِ ويتَرَادَّانِ القِيمَةَ في قولِهم جميعًا.

فأَمَّا على قولِ محمدٍ: فلَا يُشْكِلُ.

وأمّا على قولِهما: فلأنَّ وجوبَ اليَمِينِ على المُشْتَرِي لَا إشكالَ فيه، ووجبَ اليَمِينُ على البَائِعِ أيضًا هاهنا؛ لأنَّ المُشْتَرِيَ يدَّعِي عليْهِ إلْزَامَ العينِ وهوَ الغُلَامُ، وأنكرَ البَائِعُ، فيتحالفانِ لهذا المعنى، ولوْ كانَ البَائِعُ يدَّعِي بعضَ الثَّمَنِ عينًا، وبعضَه دَيْنًا، والمُشْتَرِي يدَّعِي الكلَّ دَيْنًا، فإنْ كانَ المَبِيعُ قائمًا: يتحالفانِ، وإنْ كانَ هالكًا: فعلى الاختلافِ.

وإنْ كانَ المُشْتَرِي يدَّعِي البعضَ عينًا، والبعضَ دَيْنًا، نحو أنْ يَقُولَ: اشْتَرَيْتُ منكَ جاريتَك بغلامِي هذا، وبألفِ درهم، وقِيمَةُ الغُلَامِ خمسُ مئة[١] درهم، وقالَ البَائِعُ: بِعْتُ [٢/٣٤٨ظ] منكَ جاريتي بألفِ درهمٍ، فإنْ كانَتِ الجَارِيَةُ قائمةً:

---

(١) وقع بالأصل: «وخمس مئة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

وَعَلَىٰ هَذَا إِذَا خَرَجَ الْمَبِيعُ عَنْ مِلْكِهِ أَوْ صَارَ بِحَالٍ لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ رَدِّهِ بِالْعَيْبِ.

لَهُمَا: أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَدَّعِي غَيْرَ الْعَقْدِ الَّذِي يَدَّعِيهِ صَاحِبُهُ، وَالْآخَرُ

يتحالفانِ ويتَرَادَّانِ، وإنْ كانَتْ هالكةً: فإنهما يتحالفانِ أيضًا [٦/٩٧ظ/م] في قولِ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ ﵄؛ لأنَّ الجَارِيَةَ تُقْسَمُ علىٰ قِيمَةِ الغُلَامِ، وعلىٰ ألفِ درهمٍ فما حاذَىٰ منها بإزاءِ الغُلَامِ ـ وهو ثُلثُها ـ يَرُدُّ المشتري القيمةَ، وما حاذَىٰ منها بإزاءِ الألفِ[1] ـ وهوَ ثُلثا الجَارِيَة ـ يَرُدُّ الألفَ درهمٍ، ولا يَرُدُّ القِيمَةَ؛ لأنَّ المُشْتَرِيَ لوْ كانَ يدَّعِي جميعَ الثَّمَنِ عينًا [١٢/١٤٧و/د]؛ كانا يتحالفانِ ويتَرَادَّانِ القِيمَةَ، ولو كانَ يدَّعِي جميعَ الثَّمَنِ دَيْنًا[2]؛ كانَ القولُ قولَه، ولا يتحالفانِ.

فلَمَّا كانَ يدَّعِي بعضَه دَيْنًا، وبعضَه عينًا؛ تُرَدُّ القِيمَةُ بإزاءِ العينِ، والقولُ قولُه بإزاءِ الدَّيْنِ، وعند محمدٍ: يتحالفانِ ويتَرَادَّانِ جميعَ القِيمَةِ»[3]. إلىٰ هنا لَفْظُ [الإمامِ][4] الأَسْبِيْجَابيِّ في «**شرحِ الطَّحَاوِيِّ**» ﵀.

قولُه: (فَإِنْ هَلَكَ الْمَبِيعُ ثُمَّ اخْتَلَفَا)، أي: هلكَ بعدَ قبْضِ المُشْتَرِي، ثم اختلفَ البَائِعُ والمُشْتَرِي في مقدارِ الثَّمَنِ.

قولُه: (وَعَلَىٰ هَذَا إِذَا خَرَجَ الْمَبِيعُ عَنْ مِلْكِهِ)، أي: علىٰ هذا الخلافِ؛ لأنَّ خروجَ المَبِيعِ عنْ مِلْكِ المُشْتَرِي هلاكٌ حُكْمًا، فالهلاكُ لَا يَمْنَعُ التحالفَ عندَ محمدٍ ﵀ خلافًا لهما.

قولُه: (وَإِنَّهُ يُفِيدُ دَفْعَ زِيَادَةِ الثَّمَنِ)، أي: إنّ دعوىٰ المُشْتَرِي تُفِيدُ ذلكَ،

---

(١) وقع بالأصل: «بأن الألف». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٢) وقع بالأصل: «عينًا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٣) ينظر: «شرح الطَّحَاوِيّ» للأَسْبِيْجَابيّ [٢/ق١٧٨/أ/ مخطوط مكتبة شهيد علي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٨١٦)].

(٤) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

يُنْكِرُهُ، **وَأَنَّهُ يُفِيدُ دَفْعَ زِيَادَةِ الثَّمَنِ فَيَتَحَالَفَانِ**؛ كَمَا إِذَا اخْتَلَفَا فِي جِنْسِ الثَّمَنِ بَعْدَ هَلَاكِ السِّلْعَةِ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ وأبي يُوسُفَ أَنَّ التَّحَالُفَ بَعْدَ الْقَبْضِ عَلَىٰ خِلَافِ الْقِيَاسِ لِمَا أَنَّهُ سَلَّمَ لِلْمُشْتَرِي مَا يَدَّعِيهِ، وَقَدْ وَرَدَ الشَّرْعُ بِهِ فِي حَالِ قِيَامِ السِّلْعَةِ، وَالتَّحَالُفُ فِيهِ يُفْضِي إِلَىٰ الْفَسْخِ، وَلَا كَذَلِكَ بَعْدَ هَلَاكِهَا لِارْتِفَاعِ الْعَقْدِ، فَلَمْ يَكُنْ فِي مَعْنَاهُ، **وَلِأَنَّهُ لَا يُبَالَىٰ بِالِاخْتِلَافِ فِي السَّبَبِ بَعْدَ حُصُولِ الْمَقْصُودِ، وَإِنَّمَا يُرَاعَىٰ مِنَ الْفَائِدَةِ مَا يُوجِبُهُ الْعَقْدُ**، وَفَائِدَةُ دَفْعِ زِيَادَةِ الثَّمَنِ لَيْسَتْ مِنْ مُوجِبَاتِهِ، **وَهَذَا إِذَا كانَ الثَّمَنُ دَيْنًا، فَإِنْ كانَ عَيْنًا يتحالفانِ**؛ لِأَنَّ الْمَبِيعَ فِي أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ قَائِمٌ فَيُوفَّرُ فَائِدَةَ الْفَسْخِ، ثُمَّ يَرُدُّ مِثْلَ الْهَالِكِ إِنْ كَانَ

غاية البيان

وتذْكيرُ الضميرِ بتأويلِ الادِّعاءِ.

قولُه: (وَلِأَنَّهُ لَا يُبَالَىٰ بِالِاخْتِلَافِ فِي السَّبَبِ بَعْدَ حُصُولِ الْمَقْصُودِ)، **يَعْنِي**: أنَّ العبرةَ لاتِّحادِ المَقْصُودِ، لَا لاختلافِ السَّبَبِ، وهذا جوابٌ عمَّا قالَ محمدٌ: إن كُلَّ واحدٍ منهما يدَّعِي غيرَ العَقْدِ الذي يَدَّعِيه صاحبُهُ، والآخرُ يُنْكِرُ.

معناه: أنَّ دعوىٰ كُلِّ واحدٍ منهما بهذا الوجهِ اختلافٌ في السَّبَبِ، وهوَ العَقْدُ، فلَا يُبالَىٰ به؛ لأنَّ المَقْصُودَ مِن العَقْدِ: سلامةُ المَبِيعِ للمُشْتَرِي، وقد سَلِمَ، فتُجْعَلُ دعوىٰ المُشْتَرِي كأنْ لَمْ تَكُنْ، فلَا يَجْرِي التحالفُ.

قولُه: (وَإِنَّمَا يُرَاعَىٰ مِنَ الْفَائِدَةِ [١٢/١٤٧ظ/د] **مَا يُوجِبُهُ الْعَقْدُ)**، هذا جوابٌ عن قولِه: **(وَإِنَّهُ يُفِيدُ دَفْعَ زِيَادَةِ الثَّمَنِ)**، **يَعْنِي**: أنَّ الفائدةَ يَنْبَغِي أنْ تَكُونَ مما يُوجِبُه العَقْدُ للمُشْتَرِي[١]، ولزومُ الثَّمَنِ عليْهِ حقُّ البَائِعِ، ولا فائدةَ للمُشْتَرِي فيه، فلَا يَكُونُ ذلكَ مِن مُوجباتِ العَقْدِ، فلَا تُعْتَبَرُ دعوىٰ المُشْتَرِي لعدمِ الفائدةِ.

قولُه: (وَهَذَا إِذَا كانَ الثَّمَنُ دَيْنًا، فَإِنْ كانَ عَيْنًا يتحالفانِ)، **أي**: هذا الذي

(١) وقع بالأصل: «من المُشْتَرِي». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

لَهُ مِثْلٌ، أَوْ قِيمَتَهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ [٧٢/و] لَهُ مِثْلٌ.

قَالَ: وَإِنْ هَلَكَ أَحَدُ الْعَبْدَيْنِ، ثُمَّ اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ؛ لَمْ يَتَحَالَفَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، إِلَّا أَنْ يَرْضَى الْبَائِعُ أَنْ يَتْرُكَ حِصَّةَ الْهَالِكِ.

﴿ غاية البيان ﴾

قلنا - مِنْ عدمِ التحالفِ عندَ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ رضي الله عنهما في صورة هلاكِ المَبِيع - إذا كانَ الثَّمَنُ دَيْنًا كالدراهمِ والدنانيرِ، أوْ مَكِيلًا، أوْ مَوْزُونًا موصوفًا في الذِّمَّةِ.

فإنْ كانَ [٦/٩٨و/م] **الثَّمَنُ عينًا**: كالفَرَسِ، والثَّوْبِ ونحوِ ذلكَ، فهلكَ المَبِيعُ، ثم اختلفا؛ يَجْرِي التحالفُ؛ لأنَّ كُلَّ واحدٍ مِن العِوَضَيْنِ في بَيْعِ المُقَايَضَةِ مَبِيعٌ وثَمَنٌ، فإذا هلكَ المَبِيعُ؛ يَبْقَى المَبِيعُ في الجانبِ الآخرِ، فيتحالفانِ، فيُرَدُّ القائمُ، ثم يُرَدُّ مِثْلُ الفائتِ[1] إنْ كانَ مِثْليًّا، وإلَّا فقيمتُه.

قولُه: (قَالَ: وَإِنْ هَلَكَ أَحَدُ الْعَبْدَيْنِ، ثُمَّ اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ؛ لَمْ يَتَحَالَفَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنه، **إِلَّا أَنْ يَرْضَى الْبَائِعُ أَنْ يَتْرُكَ حِصَّةَ الْهَالِكِ)**، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «**مختصرِه**»[2].

ولفْظُ «**الجامع الصغير**» «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنهم: في الرجلِ يَشْتَرِي عبدَيْنِ فيَقْبِضُهما، ثم يَمُوتُ أحدُهما، ثم يختلفانِ في الثَّمَنِ؛ أنَّ القولَ قولُ المُشْتَرِي، إلَّا أنْ يَشَاءُ البَائِعُ أنْ يأخُذَ الحيَّ، ولا [١٢/١٤٨و/د] يَأْخُذ شيئًا.

وقالَ أبو يوسفَ: القولُ قولُ المُشْتَرِي في حصَّةِ الهالكِ مع يمينِه، ويتحالفانِ، ويتَرَادَّانِ على البَاقِي.

وقالَ محمدٌ: يتحالفانِ ويتَرَادَّانِ على ذلكَ كلِّه، ويغْرَمُ المُشْتَرِي قِيمَةَ الهالكِ»[3]. إلى هنا لفْظُ محمدٍ في «**أصلِ الجامعِ الصغيرِ**» في البيوعِ.

---

(١) وقع بالأصل: «الغائب». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢١٧].
(٣) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٣٣٩ - ٣٤٠].

وفي: «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي مَعَ يَمِينِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، إِلَّا أَنْ يشاءَ الْبَائِعُ أَنْ يأخذَ الْعَبْدَ الْحَيَّ، وَلَا شَيْءَ لَهُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ:

قالَ فخرُ الإسلامِ في «شرحِ الجامعِ الصغيرِ»: وأصلُ هذه المسألةِ: أنَّ المُتَبَايِعَيْنِ [٣٤٩/٢و] إذا اختلفا في الثَّمَنِ حالَ قيامِ السِّلْعَةِ؛ وجَبَ التحالفُ بالسُّنَّةِ قبْلَ القَبْضِ وبعْدَه، وإذا هلكَ المَبيعُ بعدَ القَبْضِ؛ لَمْ يتحالَفا عندَ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ ﷺ، وإنما يُحَلَّفُ المُشْتَرِي.

وقال محمدٌ ﷺ: يتحالفانِ، ويَرُدُّ المُشْتَرِي قِيمَةَ الهالكِ، أوْ مِثْلَه، فإذا كانَ المَبيعُ شيئَيْنِ فهلَكَ أحدُهما؛ لَمْ يتحالفا عندَ أبي حَنِيفَةَ أصلًا، والقولُ قولُ المُشْتَرِي فيهما.

وقالَ أبو يوسفَ: يتحالفانِ في القائمِ دونَ الهالكِ، وقالَ محمدٌ: يتحالفانِ فيهما[1].

أمَّا محمدٌ: فقد مَرَّ على أصْلِه، وإنما اختلفَ أبو حَنِيفَةَ وأبو يوسفَ ﷺ.

فوَجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أنَّ الهالكَ هوَ المانعُ، فيتقدَّرُ الامتناعُ بقَدْرِه؛ لأنَّ الحُكْمَ لَا يزيدُ على العِلَّةِ.

ولأبي حَنِيفَةَ: أنَّ التحالُفَ بعدَ القَبْضِ ثَبَتَ بخلافِ القياسِ، لما عُرِفَ أنَّ البائِعَ غيرُ مُنْكِرٍ، وإنما ثَبَتَ بالسُّنَّةِ، وإنما وردَتْ عندَ قيامِ السِّلْعَةِ، وهوَ اسمٌ لجميعِ المَبيعِ، فإذا هلَكَ بعضُه؛ فقد فاتَ الشَّرْطُ، فزالَ الحُكْمُ الذي تعلَّقَ به غير معقولٍ.

والفقهُ مِن وجْهَيْنِ: أحدِهما: أنَّ التحالفَ [١٤٨/١٢ظ/د] في القائمِ إنَّما يَجِبُ بحِصَّتِه، وهوَ مَجْهُولٌ يُعْرَفُ بالظنِّ، ولَمْ يقعِ الشِّرَاءُ بها، فيتأوَّلُ المُشْتَرِي ذلكَ أو البَائِعُ، فيحلفانِ [٩٨/٦ظ/م] كاذبيْنِ على التأويلِ.

(١) يعني: أن هلاك السلْعة لَا يَمْنَع التحالفَ عنده. كذا جاء في حاشية: «م»، و«د».

يَتَحَالَفَانِ فِي الْحَيِّ وَيُفْسَخُ الْعَقْدُ فِي الْحَيِّ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي فِي قِيمَةِ الْهَالِكِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَتَحَالَفَانِ عَلَيْهِمَا، وَيَرُدُّ الْحَيَّ وَقِيمَةَ الْهَالِكِ؛ لِأَنَّ هَلَاكَ كُلِّ السِّلْعَةِ لَا يَمْنَعُ التَّحَالُفَ عِنْدَهُ، فَهَلَاكُ الْبَعْضِ أَوْلَىٰ.

غاية البيان

والثاني: أنَّ التحالفَ شُرِعَ نظرًا محضًا؛ ليَعُودَ كُلُّ واحدٍ منهما إلىٰ رأسِ مالِه، فإذا تضمَّن ضررًا أوْ شُبْهَةَ ضررٍ؛ كانَ مردودًا، وفي هذا ضررُ تفريقِ الصَّفْقَةِ؛ لأنَّ المَبيعَ خرَجَ جملةً، وفي التفريقِ شُبْهَةُ ضررٍ، بخلافِ الرَّدِّ بالعَيْبِ؛ لأنَّهُ لَا يمْتَنِع بهذا الضَّرَرِ؛ لأنَّ الرَّدَّ بِالعَيْبِ ثَبَتَ لدَفْعِ الظلمِ، فلَمْ يَبْطُلْ بشُبْهَةِ الظلمِ والضَّرَرِ، فأَمَّا هذا فإنما صِيرَ إليهِ رِفْقًا بهما، فيَبْطُلُ عند تمَكُّنِ شيءٍ مِن الضَّرَرِ.

وإذا ثَبَتَ هذا: فعلىٰ الطريقِ الأوَّلِ لَا تحالُفَ، وإنْ رَضِيَ به البَائِعُ، فقولُ أبي حَنِيفَةَ: «إلَّا أنْ يَشَاءُ البَائِعُ أنْ يأخُذَ الحيَّ، ولا يَأْخُذ شيئًا»: يَنْصَرِفُ إلىٰ يَمِينِ المُشْتَرِي أنَّهُ يُحَلَّفُ، إلَّا أنْ يصْطَلِحَا علىٰ أنْ يَأْخُذَ البَائِعُ العبدَ الحيَّ، ولا يُطَالَبُ المُشْتَرِي بشيءٍ مِن الثَّمَنِ ولا مِنَ القِيمَةِ، وهذا معنىٰ قولِه هاهنا ـ أي: في «**الجامعِ الصغيرِ**»[1] ـ: «ولا يَأْخُذُ شيئًا».

وقالَ في البيوعِ: «ولا يَأْخُذُ مِن ثَمَنِ الميت شيئًا لوقوعِ الصُّلْحِ».

وعلىٰ الطريقِ الثاني: لَا يتحالفانِ إلَّا أنْ يرضَىٰ البَائِعُ فتحالفا مِثْل قولِ أبي يوسفَ، وقولُه: «ولا يَأْخُذُ شيئًا». أي: من قِيمَةِ الهالكِ، ومِنَ الفضلِ الذي يدَّعِي في حِصَّتِه مِنَ الثَّمَنِ، وهذا معنىٰ قولِه في «**الأصلِ**»[2]: «مِنْ ثَمَنِ الميتِ». أيْ: مِنْ قيمتِه، أوْ مِنْ ثمنِه الذي يدَّعِي من الزِّيَادَةِ.

وقالَ الفقيهُ أبو الليثِ رحمه الله **في «شرحِ الجامعِ الصغيرِ»**: «وتفسيرُ المسألةِ: أنَّ

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٣٤٠].

(٢) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» لمحمد بن الحسن الشيباني [٥/٧٠].

وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ امْتِنَاعَ التَّحَالُفِ لِلْهَلَاكِ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِهِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ التَّحَالُفَ عَلَىٰ خِلَافِ الْقِيَاسِ فِي حَالِ قِيَامِ السِّلْعَةِ وَهِيَ اسْمٌ لِجَمِيعِ أَجْزَائِهَا،

غاية البيان

البَائِعَ إذا قالَ: بِعْتُهما منكَ بألفَيْ درهمٍ، وقالَ المُشْتَرِي: اشتريتُهما بألفٍ. في قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ؛ يُحَلَّفُ المُشْتَرِي باللهِ: ما اشتريتُهما بألفَيْنِ، فإنْ نَكَلَ عنِ اليَمِينِ؛ لزمَه ألفانِ، وإنْ حلَفَ لزمَه الألفُ، ولا يتحالفانِ إلَّا أنْ يرضَىٰ البَائِعُ أنْ يأخذَ الحيَّ خاصَّةً، فإنْ رَضِيَ بذلكَ يتحالفانِ.

فإنْ كانَ المُشْتَرِي قد حَلَفَ كما ذَكَرْنا؛ يُحَلَّفُ البَائِع: باللهِ ما بِعْتُهما بألفٍ، فإنْ نَكَلَ عنِ اليَمِينِ؛ يأخُذُ ألفَ درهمٍ، وإنْ حَلَفَ فُسِخَ البَيْعُ، ويأخُذُ البَائِعُ الحيَّ، وليسَ [١٤٩/١٢و/د] لهُ غيرُ ذلكَ.

وأمَّا عندَ أبي يوسفَ ﷺ: يُحَلَّفُ المُشْتَرِي باللهِ: ما اشتريتُهما بألفَيْ درهمٍ، فإنْ نَكَلَ عنِ اليَمِينِ؛ لزمَه ألفانِ، وإنْ حَلَف يُحَلَّف البَائِعُ باللهِ: ما بِعْتُهما بألفِ درهمٍ، فإنْ نَكَلَ لَا يَأْخُذُ إلَّا ألفَ[1] درهمٍ، وإنْ حَلَف يُفْسَخُ البَيْعُ في الحيِّ فيَأْخُذُه.

وفي حِصَّةِ الهالكِ: القولُ [٣٤٩/٢ظ] قولُ المُشْتَرِي يُحَلَّفُ باللهِ: ما لَك عَلَيَّ [٩٩/٦و/م] مِن ثَمَنِ الهالكِ إلَّا خمسُ مئةٍ، وإنْ حَلَفَ يُؤْخَذُ منه خمسُ مئةٍ، وإنْ نكَلَ لزمَه ألفُ درهمٍ، وهذا إذا لَمْ يختلفا في قِيمَةِ واحدٍ منهما، واختلَفا في الثَّمَنِ.

وأمَّا إذا اختلفا في قِيمَةِ الحَيِّ، أوْ في قِيمَةِ الهالكِ: ففي قِيمَةِ الهالكِ: القولُ قولُ البَائِعِ؛ لأنَّ المُشْتَرِيَ ادَّعَىٰ زيادةَ البَرَاءَةِ، والبَائِعُ مُنْكِرٌ؛ فالقولُ قولُه مع يمينِه، وأمَّا في الحَيِّ: فيُنْظَرُ إلىٰ قيمتِه في الحالِ، فإنْ كانَتْ قيمتُه مِثْلَ ما قالَ المُشْتَرِي، أوْ أكثرَ؛ فالقولُ قولُه مع يمينِه، وإنْ كانَتْ قيمتُه فيما بين ذلك؛ فالقولُ قولُ كُلِّ واحدٍ منهما مع يمينِه في مقدارِ القِيمَةِ.

---

(١) وقع بالأصل: «يأخذ الألف». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

فَلَا تَبْقَىٰ السِّلْعَةُ بِفَوَاتِ بَعْضِهَا، وَلِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ التَّحَالُفُ فِي الْقَائِمِ إِلَّا عَلَىٰ اعْتِبَارِ حِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ، وَلَا بُدَّ مِنَ الْقِسْمَةِ عَلَىٰ الْقِيمَةِ، وَهِيَ تُعْرَفُ بِالْحَزْرِ

غاية البيان

في قولِ أبي يوسفَ رحمه الله: يُحَلَّفُ المُشْتَرِي باللهِ: ما اشتريتُهما جميعًا بألفيْنِ، فإنْ حَلَفَ بَرِئَ، وإنْ نَكَلَ؛ لزمَه ألفانِ، ثم يُحَلَّفُ باللهِ: ما بِعْتُهما بألفٍ، فإنْ نَكَلَ أَخَذَ الألفَ، وإنْ حَلَفَ فُسِخَ العَقْدُ في الحيِّ، ويُحَلَّفُ المُشْتَرِي في حصةِ الهالكِ ـ وهوَ العبدُ الميتُ ـ باللهِ: ما اشتريتُه إلَّا بخمسِ مئةٍ، فإنْ حَلَفَ يَدْفَعُ خمسَ مئةٍ، وإنْ نَكَلَ لزمَه الألفُ حصةُ [١٤٩/١٢ظ/د] البَاقِي.

وفي قولِ محمدٍ: يُحَلَّفُ المُشْتَرِي باللهِ: ما اشتريتُهما بألفيْنِ، وإنْ حَلَفَ يُحَلَّفُ البَائِعُ باللهِ تعالىٰ: ما بِعْتُهما بألفٍ، فإنْ حَلَفَ فُسِخَ البَيْعُ فيهما جميعًا، فيَأْخُذُ البَائِعُ الحَيَّ وقِيمَةَ الهالكِ، وإنِ اختلفا في قِيمَةِ الهالكِ؛ فالقولُ قولُ المُشْتَرِي.

أمَّا مذهبُ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: فيما أنَّ القولَ قولُ المُشْتَرِي؛ لأنَّ المُشْتَرِيَ هوَ الذي أنكرَ الزِّيَادَةَ، ولا يتحالفانِ؛ لأنَّ التحالفَ عُرِفَ بالأثَرِ، والأثرُ إنَّما ورَدَ في التحالفِ إذا كانَتِ السِّلْعَةُ قائمةً بعَيْنِها؛ لأنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «**إذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ وَالسِّلْعَةُ قَائِمَةٌ بِعَيْنِهَا؛ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ، أَوْ يتَرَادَّانِ**»(١).

فأشارَ إلىٰ جميعِ السِّلْعَةِ، وهاهنا: القائمُ بعضُ السِّلْعَة، فلَمْ يُوجَدِ الشَّرْطُ، إلَّا أنَّ البَائِعَ إذا رَضِيَ أنْ يأخُذَ الحيَّ فله ذلك؛ لأنَّهُ لَمَّا رَضِيَ بذلك؛ فقد رَضِيَ بإدخالِ النُّقْصَانِ علىٰ نفسِه، فصارَ كأنَّ المَبِيعَ لَمْ يقَعْ إلَّا علىٰ البَاقِي، كما أنَّهُ لوِ اشْتَرَىٰ شيئًا، فتغيَّرَ المَبِيعُ في يدِ المُشْتَرِي ورَضِيَ البَائِعُ بذلك؛ فإنهما يتحالفانِ ويتَرَادَّانِ، فكذلك هاهنا.

وأمَّا مذهبُ أبي يوسفَ: فلأنَّ السِّلْعَةَ لوْ كانَتْ كلُّها قائمةً؛ يتَرَادَّانِ الكلَّ،

---

(١) مضىٰ تخريجه.

وَالظَّنِّ فَيُؤَدِّي إِلَىٰ التَّحَالُفِ مَعَ الْجَهْلِ، وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ إِلَّا أَنْ يَرْضَىٰ الْبَائِعُ أَنْ يَتْرُكَ حِصَّةَ الْهَالِكِ أَصْلًا؛ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ الثَّمَنُ كُلُّهُ بِمُقَابَلَةِ الْقَائِمِ، وَيَخْرُجُ

غاية البيان

ولو كانَتْ كلُّها هالكةً، كانَ القولُ قولَ المُشْتَرِي، فلَمَّا كانَ البعضُ هالكًا، وبعضُها قائمٌ [٦/٩٩ظ/م]؛ يتَرَادَّانِ في القائمِ، والقولُ قولُ المُشْتَرِي في الهالكِ، ولأنَّ المَبِيعَ مرةً يُنْقَضُ بالتحالفِ [١٢/١٥٠و/د] والتَرادِّ، ومرةً بِالعَيْبِ[1]، ثم اتفقُوا أنَّهُ لوْ وجَدَ بأحدِهما عيبًا، والآخر هالك؛ فإنه يرُدُّ القائمَ بِالعَيْبِ، فكذلك هاهنا.

ثم إذا تحالفا: يُحَلَّفُ المُشْتَرِي باللهِ: ما اشتريتُهما، ولا يُحَلَّفُ باللهِ: ما اشْتَرَيْتُ هذا الحيَّ خاصةً، وإنْ كانَ القصدُ به التحالفَ في الحَيِّ؛ لأنَّهُ لوْ حَلَفَ في الحيِّ خاصةً؛ فلعله يتأوَّلُ في ذلك ويَقُولُ: ما اشْتَرَيْتُ هذا الواحدَ بألفٍ وإنْ كانَ قدِ اشتراهما بألفيْنِ، فإذا كانَ يُؤدِّي إلىٰ هذا وجَبَ أنْ يَحْلِفَ علىٰ العَقْدِ حتىٰ لَا يتأوَّلُ، فيَبْطُلُ حقُّ صاحبِه.

ثم إذا تحالفا وترادَّا البَيْعَ في الحيِّ؛ يُحَلَّفُ المُشْتَرِي في ثَمَنِ الهالكِ مرةً أُخرىٰ؛ لأنَّ اليَمِينَ الأُولىٰ كانَتْ لأجْلِ التحالفِ، فيُحَلَّفُ مرةً أُخرىٰ لِمَا وجَبَ عليْهِ مِنَ الثَّمَن». كذا ذكرَ الفقيهُ أبو الليثِ في «**شرْحِه للجامعِ الصغيرِ**».

قالَ فخرُ الإسلامِ: «هذا غلطٌ، وإنما عليْهِ يَمِينٌ واحدةٌ، ولا معنىٰ بأنْ يُحَلَّفُ علىٰ عيْنِ ما قدْ حَلَفَ عليه».

ثم قالَ الفقيهُ: «ويَنْبَغِي أنْ تعْلَمَ أنَّ هذه المسألةَ اختلافٌ في اختلافٍ!

أحدُ الاختلافَيْنِ: أنَّ مِن أصْلِ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ ﷺ: أن السِّلْعَةَ إذا كانَتْ هالكةً، أوْ متغيِّرةً؛ لَا يتحالفانِ إلَّا أنْ يرضَىٰ البَائِعُ بسلعةٍ متغيِّرةٍ، وفي قولِ

(١) وقع بالأصل: «فكذلك هاهنا، ومرة بِالعَيْبِ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

الْهَالِكُ عَنِ الْعَقْدِ فَيَتَحَالَفَانِ. **هَذَا تَخْرِيجُ بَعْضِ الْمَشَايِخِ، وَيُصْرَفُ الِاسْتِثْنَاءُ عِنْدَهُمْ إِلَى التَّحَالُفِ** كَمَا ذَكَرْنَا، وَقَالُوا: إِنَّ الْمُرَادَ مِنْ قَوْلِهِ فِي: «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» يَأْخُذُ الْحَيَّ وَلَا شَيْءَ لَهُ، مَعْنَاهُ: لَا يَأْخُذُ مِنْ ثَمَنِ الْهَالِكِ شَيْئًا أَصْلًا.

غاية البيان

[٢/٣٥٠و] محمدٍ رحمه الله: يتحالفانِ.

واختلافٌ ثانٍ بينَ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ رضي الله عنهما: أن مِن أصْل أبي حَنِيفَةَ: أنَّهُ يجْعَلُ هلاكَ أحدِهما تغيُّرًا في الآخرِ، وأبو يوسفَ لَا يجْعَلُ هلاكَ أحدِهما تغيُّرًا في الآخرِ».

قولُه: (**هَذَا** [١٢/١٥٠ظ/د] **تَخْرِيجُ بَعْضِ الْمَشَايِخِ، وَيُصْرَفُ الِاسْتِثْنَاءُ عِنْدَهُمْ إِلَى التَّحَالُفِ**)، **يَعْنِي**: أنَّ المشايخَ اختلفُوا في الاستثناءِ المذكورِ في «**الجامعِ الصغيرِ**» في قولِه: «إلَّا أنْ يَشَاءَ البَائِعُ أنْ يأخُذَ الحيَّ»[1]، ولا يَأْخُذ شيئًا».

فقالَ عامَّةُ المشايخِ: يَنْصَرِفُ إلى التحالفِ. أي: لَا يتحالفانِ عندَ أبي حَنِيفَةَ، إلَّا أنْ يَشَاءَ البَائِعُ أنْ يأخُذَ الحيَّ، ولا يَأْخُذ شيئًا مِنْ ثمَنِ الهالكِ أصلًا، فيتحالفانِ؛ لأنَّهُ حينئذٍ صارَ الحيُّ كلَّ المَبِيعِ.

وقالَ بعضُهم: يَنْصَرِفُ إلى يَمِينِ المُشْتَرِي، وعليْهِ مشايخُ بلْخٍ رحمهم الله.

قال الصدر الشهيد في «شرح الجامع»: «**وهو الصحيح**»، يعني القول قول المُشْتَرِي مع اليَمِين، إلَّا أن يشاء البَائِع أنْ يأخُذَ الحيَّ؛ فلَا يُضَمِّنه شيئًا مما يدَّعِي مِن الزِّيَادَة [٦/١٠٠و/م] مِن [الثَّمَن][2] في حق الميت، بلْ يأخُذ ما يُقِرّ به المُشْتَرِي، فحينئذٍ لَا يُحَلَّف المُشْتَرِي؛ لأنَّ الاستحلاف إنَّما شُرِعَ في حق المُشْتَرِي إذا كانَ يُنْكِر ما يَدَّعِيه البَائِعُ مِن الزِّيَادَة، فإذا ترَكَ البَائِعُ دعوى الزِّيَادَة؛ فلَا حاجة إلى

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٣٤٠].

(٢) ما بين المعقوفتين: سقط من: «م».

وَقَالَ بَعْضُ الْمَشَايِخِ: يَأْخُذُ مِنْ ثَمَنِ الْهَالِكِ بِقَدْرِ مَا أَقَرَّ بِهِ الْمُشْتَرِي، وَإِنَّمَا لَا يَأْخُذُ الزِّيَادَةَ. وَعَلَىٰ قَوْلِ هَؤُلَاءِ يَنْصَرِفُ الِاسْتِثْنَاءُ إِلَىٰ يَمِينِ الْمُشْتَرِي لَا إِلَىٰ التَّحَالُفِ، لِأَنَّهُ لِمَا أَخَذَ الْبَائِعُ بِقَوْلِ الْمُشْتَرِي فَقَدْ صَدَّقَهُ فَلَا يَحْلِفُ الْمُشْتَرِي.

ثُمَّ تَفْسِيرُ التَّحَالُفِ عَلَىٰ قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ مَا بَيَّنَّاهُ فِي الْقَائِمِ.

وَإِذَا حَلَفَا وَلَمْ يَتَّفِقَا عَلَىٰ شَيْءٍ فَادَّعَىٰ أَحَدُهُمَا الْفَسْخَ أَوْ كِلَاهُمَا يُفْسَخُ الْعَقْدُ بَيْنَهُمَا، وَيَأْمُرُ الْقَاضِي الْمُشْتَرِيَ بِرَدِّ الْبَاقِي وَقِيمَةَ الْهَالِكِ.

وَاخْتَلَفُوا فِي تَفْسِيرِهِ عَلَىٰ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَحْلِفُ الْمُشْتَرِي

غاية البيان

استحلاف المُشْتَرِي.

قوله: (**ثُمَّ تَفْسِيرُ التَّحَالُفِ عَلَىٰ قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ**)، لَمَّا كانَ قولَ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: عدمُ وجوبِ التحالف؛ استغنَىٰ عن التفسير، ففسَّره علىٰ قولهما.

قوله: (**مَا بَيَّنَّاهُ فِي الْقَائِمِ**)، أي: في المَبِيع البَاقِي علىٰ حالِه. أراد به: ما ذكرَه بقوله: (**وَصِفَةُ الْيَمِينِ: أَنْ يُحَلَّفَ الْبَائِعُ بِاللهِ مَا بَاعَهُ بِأَلْفٍ**). إلىٰ آخره.

قوله: (**وَاخْتَلَفُوا فِي تَفْسِيرِهِ عَلَىٰ قَوْلِ أبي يوسفَ رضي الله عنه**)، **أي:** اختلف المشايخ في قوله: «يتحالفانِ في القائم دون الهالك».

قال بعضُهم: يتحالفانِ [١٢/١٥١و/د] علىٰ القائم؛ لأنَّ العَقْد يُفْسَخ في حقه لَا غير.

والصحيحُ: أنهما يتحالفانِ عليهما، كما هوَ قول محمد رضي الله عنه، وإنْ كانَ يُفْسَخ في القائم؛ لأنَّهُ لَا يمْتَنِع مِن الحَلِف علىٰ القائم؛ لتأويله أنَّهُ اشتراهما بذلك الثَّمَن، ولكن حِصَّة القائم هذا.

والصحيح: أنَّهُ يُحَلَّف المُشْتَرِي أوَّلًا بالله: ما اشتريتُهما بما يَدَّعِيه البَائِع مِن الثَّمَن، وإنْ نَكَلَ ثَبَتَ ما ادّعاه البَائِع، وإنْ حَلَف لَمْ يَثْبُت، ثم يُحَلَّف البَائِعُ بالله

بِاللهِ مَا اشْتَرَيْتُهُمَا بِمَا يَدَّعِيهِ الْبَائِعُ، فَإِنْ نَكَلَ لَزِمَهُ دَعْوَىٰ الْبَائِعِ، وَإِنْ حَلَفَ يَحْلِفُ الْبَائِعُ بِاللهِ مَا بِعْتُهُمَا بِالثَّمَنِ الَّذِي يَدَّعِيهِ [٧٢/ظ] الْمُشْتَرِي، فَإِنْ نَكَلَ لَزِمَهُ دَعْوَىٰ الْمُشْتَرِي، وَإِنْ حَلَفَ يَفْسَخَانِ الْعَقْدَ فِي الْقَائِمِ، ويَسْقُطُ حِصَّتُهُ مِنَ الثَّمَنِ، وَيَلْزَمُ الْمُشْتَرِي حِصَّةُ الْهَالِكِ، وَيُعْتَبَرُ قِيمَتُهُمَا فِي الِانْقِسَامِ يَوْمَ الْقَبْضِ.

وَإِنِ اخْتَلَفَا فِي قِيمَةِ الْهَالِكِ يَوْمَ الْقَبْضِ فَالْقَوْلُ لِلْبَائِعِ، وَأَيُّهُمَا أَقَامَ الْبَيِّنَةَ تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ.

غاية البيان

تعالىٰ: ما بِعْتُهما بالثَّمَن الذي يَدَّعِيه المُشْتَرِي، فإنْ نَكَلَ ثَبَتَ ما ادعاه المُشْتَرِي، وإنْ حَلَف لَمْ يَثْبُت، فيَرُدّ المُشْتَرِي القائمَ، ويفْسَخان العَقْدَ فيه، ويلزم علىٰ المُشْتَرِي حصةُ الهالك مِن الثَّمَن الذي أَقَرَّ به المُشْتَرِي.

ولا يَلْزَم قِيمَةُ الهالك؛ لأَنَّ وجوب القِيمَة حُكْمُ انْفِسَاخ العَقْد، والعَقْدُ لَمْ ينْفَسِخ في الهالك عند أبي يوسفَ؛ فيلزمه حِصَّته مِن الثَّمَن، فيُقْسَم الثَّمَنُ الذي أَقَرَّ به المُشْتَرِي علىٰ القائمِ والهالكِ علىٰ قَدْر قيمتهما يوم القَبْض، فإنِ اتفقا أن قيمتهما يوم القَبْض كانَتْ علىٰ السواء؛ لزم المُشْتَرِي نِصْفُ الثَّمَن الذي أَقَرَّ به، وسقَطَ نصْفُه، وإنْ تصادَقا أن قيمتهما كانَتْ علىٰ التَّفاوُت؛ يسْقُط مِن الثَّمَن بقَدْر قِيمَة القائم، ويلزم حِصَّة الهالك بقَدْر قِيمَة الهالك.

فإذا اختلَفا في قِيمَة الهالِك فقال المُشْتَرِي: كانَتْ قيمتُه يومَ [١٢/١٥١ظ/د] القَبْض خمس مئة، وقِيمَةُ القائم يوم القَبْض كانَتْ ألفًا، وقال البَائِع: علىٰ عكس هذا، فإنْ كانَتْ قِيمَة القائم [٦/١٠٠ظ/م] في الحال موافقًا لقول أحدهما؛ كانَ القولُ قولَه؛ لأَنَّ الحال يدل علىٰ ما قبْله، وإنْ لَمْ يكن؛ فالقولُ قول البَائِع مع يمينه؛ لأنهما اتفَقا علىٰ وجوب الثَّمَن الذي أَقَرَّ به المُشْتَرِي.

وَإِنْ أَقَامَاهَا فَبَيِّنَةُ الْبَائِعِ أَوْلَىٰ، وَهُوَ قِيَاسُ مَا ذَكَرَهُ فِي بُيُوعِ الْأَصْلِ؛ اشْتَرَىٰ عَبْدَيْنِ وَقَبَضَهُمَا ثُمَّ رَدَّ أَحَدَهُمَا بِالْعَيْبِ وَهَلَكَ الْآخَرُ عِنْدَهُ، يَجِبُ عَلَيْهِ ثَمَنُ مَا هَلَكَ عِنْدَهُ، وَيَسْقُطُ عَنْهُ ثَمَنُ مَا رَدَّهُ، وَيَنْقَسِمُ الثَّمَنُ عَلَىٰ قِيمَتِهِمَا.

فَإِنِ اخْتَلَفَا فِي قِيمَةِ الْهَالِكِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ قَدْ وَجَبَ

ثم المُشْتَرِي [٣٥٠/٢ظ] ـ بدعواه أن قِيمَة الهالك كانَتْ أقل ـ يدَّعِي سقوطَ زيادة الثَّمَن، والبَائِعُ يُنْكِر، فكانَ القولُ قولَ البَائِع، وأيّهما أقامَ البَيِّنَةَ قُبِلَتْ بَيِّنَتُه؛ لأَنَّهُ أثْبَتَ دعواهُ بِالحُجَّة، وإنْ أقاما البَيِّنَةَ فبينةُ البَائِع أَوْلَىٰ؛ لأنَّ في البَيِّنَة يُعْتَبر الظاهر؛ لأنَّ الشَّاهِد يقِفُ علىٰ الظاهر، والبَائِعُ مدّعٍ في الظاهر؛ لأَنَّهُ يدَّعِي زيادةَ القِيمَة في الهالك.

وفي اليَمِينِ تُعْتَبَرُ الحقيقةُ؛ لأنَّ مَنْ عليْهِ اليمينُ يَعْرِفُ الحقيقةَ، والبَائِعُ هوَ المُنْكِرُ حقيقةً؛ لأَنَّهُ يُنْكِرُ سقوطَ بعضِ الثَّمَنِ الذي كانَ واجبًا علىٰ المُشْتَرِي. كذا ذكرَ الإمامُ العَتَّابِيُّ وقاضي خان وغيرُهما.

قالُوا في «شروحِ الجامعِ الصغيرِ»: «أصْلُ هذه المسألةِ: ما ذكرَها في كتابِ البيوعِ مِن «**الأصلِ**»: في رَجُلٍ اشْتَرَىٰ عبديْنِ فقَبَضهما، ولَمْ يُؤَدِّ الثَّمَنَ، فردَّ أحدَهما بعيبٍ، وهلكَ الآخرُ عندَه؛ سَقَطَ عنِ المُشْتَرِي حِصَّةُ المردودِ، ويَلْزَمُه حصةُ الهالكِ.

فإنِ اختلَفا في قِيمَةِ الهالكِ، فادَّعَىٰ المُشْتَرِي الأقلَّ، والبَائِعُ الأكثرَ؛ فالقولُ قولُ [١٥٢/١٢و/د] البَائِعِ، وإنْ أقامَا البَيِّنَةَ؛ فالبَيِّنَةُ بَيِّنَتُه أيضًا؛ لأنَّ بَيِّنَةَ البَائِعِ تُثْبتُ زيادةَ الثَّمَنِ في ذمَّةِ المُشْتَرِي، والمُشْتَرِي ببيِّنتِه يَنْفِي تلكَ الزِّيَادَةَ، والبيناتُ شُرِعَتْ للإثباتِ، فما كانَ أكثر إثباتًا كانَ أَوْلَىٰ».

قولُه: (فِي بُيُوعِ الْأَصْلِ)، أي: «**المبسوطِ**».

قولُه: (فَإِنِ اخْتَلَفَا فِي قِيمَةِ الْهَالِكِ؛ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ)، يَعْنِي: في

بِاتِّفَاقِهِمَا، ثُمَّ الْمُشْتَرِي يَدَّعِي زِيَادَةَ السُّقُوطِ بِنُقْصَانِ قِيمَةِ الْهَالِكِ، وَالْبَائِعُ يُنْكِرُهُ، وَالْقَوْلُ لِلْمُنْكِرِ.

وَإِنْ أَقَامَا الْبَيِّنَةَ: فَبَيِّنَةُ الْبَائِعِ أَوْلَىٰ؛ لِأَنَّهَا أَكْثَرُ إِثْبَاتًا ظَاهِرًا لِإِثْبَاتِهَا الزِّيَادَةَ فِي قِيمَةِ الْهَالِكِ **وَهَذَا لِفِقْهٍ**، وَهُوَ أَنَّ فِي الْأَيمَانِ يُعْتَبَرُ الْحَقِيقَةُ؛ لِأَنَّهَا تَتَوَجَّهُ **عَلَىٰ أَحَدِ الْعَاقِدَيْنِ**[1] وَهُمَا يَعْرِفَانِ حَقِيقَةَ الْحَالِ؛ فَيُبْنَىٰ الْأَمْرُ عَلَيْهَا، **وَالْبَائِعُ مُنْكِرٌ حَقِيقَةً**؛ فَلِذَا كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ، وَفِي الْبَيِّنَاتِ يُعْتَبَرُ الظَّاهِرُ؛ لِأَنَّ الشَّاهِدَيْنِ لَا يَعْلَمَانِ حَقِيقَةَ الْحَالِ؛ فَاعْتُبِرَ الظَّاهِرُ فِي حَقِّهِمَا، وَالْبَائِعُ مُدَّعٍ ظَاهِرًا، فَلِهَذَا تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ أَيْضًا، وَتَتَرَجَّحُ بِالزِّيَادَةِ الظَّاهِرَةِ عَلَىٰ مَا مَرَّ، **وَهَذَا يُبَيِّنُ لَكَ مَعْنَىٰ مَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ**.

غاية البيان

مسألةِ «**الأصلِ**».

قولُه: (وَإِنْ أَقَامَا الْبَيِّنَةَ: فَبَيِّنَةُ الْبَائِعِ أَوْلَىٰ)، أي: في مسألةِ «**الأصلِ**».

قولُه: (وَهَذَا لِفِقْهٍ[2])، أي: اعتبارُ يَمينِ البَائعِ وبيِّنَتِه لمعْنًىٰ فقْهِيٍّ، وَبَيَّنَ الفقهَ بقولِه: **(وَهُوَ أَنَّ فِي الْأَيْمَانِ تُعْتَبَرُ الْحَقِيقَةُ..)**. إلىٰ آخرِه، وقد مَرَّ بيانُه.

قولُه: (عَلَىٰ أَحَدِ الْعَاقِدَيْنِ)، أي: إذا كانَ مُدَّعًىٰ عليْهِ حقيقةً لَا صورةً.

قولُه: (وَالْبَائِعُ مُنْكِرٌ حَقِيقَةً)، يَعْنِي: أن المُشْتَرِيَ يدَّعِي سقوطَ زيادةِ الثَّمَنِ، والبَائِعُ يُنْكِرُ.

قولُه: (وَهَذَا يُبَيِّنُ لَكَ مَعْنَىٰ مَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَوْلِ أبي يوسفَ)، أي: الذي ذكَره في بيوعِ «**الأصل**»، يُبَيِّنُ لكَ معنىٰ ما ذكرناه مِن قولِ أبي يوسفَ في: «**الجامعِ الصغيرِ**»، وهوَ أنَّ القولَ للبَائعِ.

---

(١) فِي حاشية الأَصْل: «خ: المتعاقدين».

(٢) وقع بالأصل: «الفقه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

قَالَ: وَمَنِ اشْتَرَىٰ جَارِيَةً وَقَبَضَهَا، ثُمَّ تَقَايَلَا، ثُمَّ اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ؛ فَإِنَّهُمَا يتحالفانِ، وَيَعُودُ الْبَيْعُ الْأَوَّلُ، ....

﴿ غاية البيان ﴾

قولُه: (**قَالَ: وَمَنِ اشْتَرَىٰ جَارِيَةً وَقَبَضَهَا، ثُمَّ تَقَايَلَا، ثُمَّ اخْتَلَفَا فِي** [٦/١٠١و/م] **الثَّمَنِ؛ فَإِنَّهُمَا يتحالفانِ، وَيَعُودُ الْبَيْعُ الْأَوَّلُ**)، أي: قالَ في بيوعِ «**الجامعِ الصغيرِ**».

وصورتُها فيه: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حَنِيفَةَ ﷺ: في رَجُلٍ اشْتَرَىٰ جَارِيَةً بألفِ درهمٍ، فقبَضَها ودَفَع الألفَ، ثم تَقَايَلَا البَيْعَ، ثم اختلَفا في الثَّمَنِ، قالَ: يتحالفانِ [١٢/١٥٢ظ/د] ويترَادَّانِ، ويَعُودُ البَيْعُ الأول»(١). إلىٰ هنا لَفْظُ «**أصلِ الجامعِ الصغيرِ**».

وتأويلُ المسألةِ: إذا تَقَايَلَا، ولَمْ يدفَعِ المُشْتَرِي الجَارِيَةَ إلىٰ البَائِعِ حتىٰ اختلفا في الثَّمَنِ، فقالَ المُشْتَرِي: كانَ الثَّمَنُ ألفًا، فعليكَ أنْ ترُدَّ الألفَ. وقالَ البَائِعُ: كانَ خمسَ مئةٍ؛ فعَلَيَّ ردُّ الخمسِ مئةٍ؛ فإنهما يتحالفانِ؛ لأنَّ الإِقَالَةَ بمنزلةِ بَيْعٍ جديدٍ في حقِّ الشَّرْعِ، وقَطْعُ المُنَازَعَةِ حقُّ الشَّرْعِ.

أوْ نَقُولُ: إنَّ التحالفَ واردٌ في البَيْعِ بالسُّنَّةِ، والإِقَالَةُ ليسَتْ بِبَيْعٍ في حقِّ المُتَعَاقِدينِ، بلْ هيَ فَسْخٌ في حقِّهما، فكانَ يَنْبَغِي ألَّا يتناولَها النصُّ، إلَّا أنَّ التحالفَ في بابِ البَيْعِ قبْلَ القَبْضِ ثابتٌ قياسًا لمعنًىٰ معقولٍ؛ لأنَّ كُلَّ واحدٍ منهما مدّعٍ ومُنْكِرٌ؛ لأنَّ البَائِعَ يدَّعِي زيادةَ الثَّمَنِ، والمُشْتَرِي يُنْكِرُهُ، والمُشْتَرِي يدَّعِي تسليمَ المَبِيعِ بأقلِّ الثمنَيْنِ، والبَائِعُ يُنْكِرُه، فكانَ التحالُفُ موافقًا للقياسِ.

ولهذا عدَّيْنا هذا الحُكْمَ إلىٰ الإِجَارَةِ، وإلىٰ الوَارِثِ، وإلىٰ القِيمَةِ إذا استهلَكَ المَبِيعَ في يدِ البَائِعِ غيرُ المُشْتَرِي، فلَمَّا كانَ موافقًا للقياسِ؛ تعدَّىٰ الحُكْمُ إلىٰ الإِقَالَةِ أيضًا؛ لأنَّ موضوعَ المسألةِ فيما إذا تَقَايَلَا، ولَمْ يقْبضِ البَائِعُ الجَارِيَةَ، فيتحالفانِ،

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٣٤٠ ـ ٣٤١].

وَنَحْنُ مَا أَثْبَتْنَا التَّحَالُفَ فيهِ بِالنَّصِّ ؛ لِأَنَّهُ وَرَدَ فِي الْبَيْعِ الْمُطْلَقِ وَالْإِقَالَةَ فَسْخٌ فِي حَقِّ الْمُتَعَاقِدَيْنِ ، وَإِنَّمَا أَثْبَتْنَاهُ بِالْقِيَاسِ ؛ لِأَنَّ الْمَسْأَلَةَ مَفْرُوضَةٌ قَبْلَ الْقَبْضِ ، وَالْقِيَاسُ يُوَافِقُهُ عَلَىٰ مَا مَرَّ ، وَلِهَذَا نَقِيسُ الْإِجَارَةَ عَلَى الْبَيْعِ قَبْلَ الْقَبْضِ ، وَالْوَارِثَ عَلَىٰ الْعَاقِدِ ، وَالْقِيمَةَ عَلَىٰ الْعَيْنِ فِيمَا إذَا اسْتَهْلَكَهُ فِي يدِ الْبَائِعِ غَيْرُ الْمُشْتَرِي .

غاية البيان

ويعودُ المَبِيعُ الأول حتىٰ لَا يجبَ علىٰ واحدٍ منهما أنْ يرُدَّ علىٰ صاحبِه شيئًا.

وإنِ اختلفا [١٢/١٥٣و/د] بعد قبْضِ البَائِعِ الجَارِيَةَ بحُكْمِ الإِقَالَةِ ؛ لَا يتحالفانِ في قولِ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ رضي الله عنهما ؛ لأنَّ التحالفَ بعدَ القَبْضِ مخالفٌ للقياسِ ، ويكونُ القولُ [٢/٣٥١و] قولَ البَائِعِ مع يمينِه ؛ لأنَّهُ يُنْكِرُ زيادةَ ثَمَنٍ يَدَّعِيه المُشْتَرِي ، ولا يُحَلَّفُ المُشْتَرِي ؛ لأنَّ البَائِعَ لَا يدَّعِي عليْهِ شيئًا.

وعند محمدٍ: يَنْبَغِي أنْ يتحالفا علىٰ قياسِ البَيْعِ إذا اختلَفا بعدَ القَبْضِ ؛ لأنَّ النصَّ عندَه معلولٌ بعدَ القَبْضِ أيضًا بالاختلافِ في العَقْدِ الشرعيِّ.

قولُه: (**مَا أَثْبَتْنَا التَّحَالُفَ فيهِ بِالنَّصِّ**) ، أي: في التقايُلِ ، وذلك لأنَّ النصَّ ـ وهوَ قولُه ﷺ: «**إِذَا اخْتَلَفَا الْمُتَبَايِعَانِ** [٦/١٠١ظ/م] **تَحَالَفَا وَتَرَادَّا**»[١] ـ ورَدَ في البَيْعِ المُطْلَقِ ، والإِقَالَةُ فَسْخٌ في حقِّ المُتَعَاقِدَيْنِ ، بَيْعٌ في حقِّ غيرِهما ، فإذا كانَ كذلكَ لَمْ يَثْبُتِ التحالفُ فيهِ بالنصِّ ، بلْ بالقياسِ ، وبَاقِي التقريرِ مَرَّ آنفًا.

قولُه: (**لِأَنَّ الْمَسْأَلَةَ مَفْرُوضَةٌ قَبْلَ الْقَبْضِ**) ، أي: قبْلَ قَبْضِ البَائِعِ الجَارِيَةَ بحُكْمِ الإِقَالَةِ.

قولُه: (**عَلَىٰ مَا مَرَّ**) ، أي: في أوَّلِ البابِ.

قولُه: (**وَالْقِيمَةَ عَلَىٰ الْعَيْنِ فِيمَا إذَا اسْتَهْلَكَهُ في يدِ الْبَائِعِ غَيْرُ الْمُشْتَرِي**)[٢].

---

(١) مضىٰ تخريجه.

(٢) هذا لَفْظ المطبوع مِن «الهداية» للمرغيناني [٣/١٦٣]. وكذا في نسخة القَسْطمونويّ مِن «الهداية»=

وَلَوْ قَبَضَ الْبَائِعُ الْمَبِيعَ بَعْدَ الْإِقَالَةِ فَلَا تَحَالُفَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وأبي يُوسُفَ ؛ خِلَافًا لِمُحَمَّدٍ ؛ لِأَنَّهُ يَرَىٰ النَّصَّ مَعْلُولًا بَعْدَ الْقَبْضِ أَيْضًا.

قَالَ: وَمَنْ أَسْلَمَ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ فِي كُرِّ حِنْطَةٍ، ثُمَّ تَقَايَلَا، ثُمَّ اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ ؛ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسَلَّمِ إِلَيْهِ، وَلَا يَعُودُ السَّلَمُ ؛ لِأَنَّ الْإِقَالَةَ فِي بَابِ السَّلَمِ

غاية البيان

وهذه هيَ النسخةُ المقابَلةُ بنسخةِ المصنِّفِ، وفي بعضِ النُّسَخِ: «فيما إذا استُهْلِكَ المُشْتَرَىٰ»[(١)]. وفي بعْضِها: «فيما إذا استُهْلِكَ المَبِيعُ»[(٢)].

قالَ الإمامُ حافظُ الدِّين الكبيرُ البُخَارِيُّ [١٢/١٥٣ظ/د] علىٰ حاشيةِ كتابِه[(٣)]: «الصحيحُ: «استُهْلِكَ المُشْتَرَىٰ»..».

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ أَسْلَمَ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ فِي كُرِّ حِنْطَةٍ، ثُمَّ تَقَايَلَا، ثُمَّ اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ ؛ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسَلَّمِ إِلَيْهِ، وَلَا يَعُودُ السَّلَمُ)، أي: قالَ في «بيوعِ الجامعِ الصغيرِ».

وصورتُها فيه: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حَنِيفَةَ ﷺ: في رَجُلٍ أسلمَ إلىٰ رَجُلٍ عشرةَ دراهمٍ في كُرِّ حِنْطَةٍ، ثم تَقَايَلَا السَّلَمَ، ثُمَّ اختلفا في رأسِ المالِ ؛ أنَّ القولَ قولُ المُسْلَمِ إليه، ولا يعودُ السَّلَمُ»[(٤)].

= [٢/ق٧٥/أ/ مخطوط مكتبة ولي الدين أفندي ـ تركيا]، وفي نسخة الأَرْزَكانيِّ مِن «الهداية» [٢/ق٧٦/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا].

(١) وهذا هو المثْبَت في النسخة التي بخط المؤلف مِن «الهداية» [٢/ق٧٣/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا]، وكذا في نسخة البَايِسُوني من «الهداية» [ق/٢٣٤/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا]. وفي نسخة الشَّهْرَكَنْديّ (المقروءة علىٰ أكمل الدين البابرتيّ) من «الهداية» [ق/٢٠٣/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا].

(٢) ووقع في بعضها: «فيما إذا استهلكه المشتري». وهذا لفْظ نسخة القاسِميّ مِن «الهداية» [ق/٢٠١/أ/ مخطوط مكتبة كوبريلي فاضل أحمد باشا ـ تركيا].

(٣) يعني حاشية نسخته من: «الهداية». وقد نقلَ المؤلفُ غيرَ مرة مِن هذه النسخة.

(٤) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٣٤٠ ـ ٣٤١].

لَا تَحْتَمِلُ النَّقْضَ؛ لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ فَلَا يَعُودُ السَّلَمُ، بِخِلَافِ الْإِقَالَةِ فِي الْبَيْعِ؛ أَلَا

——— غاية البيان ———

اعلمْ: أنَّهُ لَا تحالُفَ بعدَ إقالةِ السَّلَمِ إذا اختلفا في رأسِ المالِ، والقولُ قولُ المُسْلَمِ إليهِ مع يمينِه، وإنما لَمْ يَجُزِ التحالُفُ؛ لأنَّ اليَمِينَ علىٰ المُنْكِرِ، وربُّ السَّلَمِ يدَّعِي فضلًا في رأسِ المالِ، والمُسْلَمُ إليهِ يُنْكِرُه، فيُحَلَّفُ.

وأمَّا المُسْلَمُ إليه: لَا يدَّعِي علىٰ ربِّ السَّلَمِ شيئًا، فلَا يُحَلَّفُ؛ لأنَّ المُسْلَمَ فيهِ دَيْنٌ سَقَطَ بالإقالةِ، والدَّيْنُ متىٰ سَقَطَ لَا يَحْتَمِلُ العَوْدَ، فلَا يَعُودُ السَّلَمُ؛ لأنَّ الإِقَالَةَ في السَّلَمِ لَا تَحْتَمِلُ الفَسْخَ، بخلافِ الإِقَالَةِ في البَيْعِ، فإنَّها تَحْتَمِلُ الفَسْخَ.

أَلَا ترىٰ أنَّ رأسَ المالِ لوْ كانَ عَرْضًا، ووجَدَ المُسْلَمُ إليهِ عيبًا، وردَّ السَّلَمَ، ثمَّ هلكَ العَرْضُ قبْلَ التَّسْليمِ إلىٰ ربِّ السَّلَمِ؛ لَا تَرْتَفِعُ الإِقَالَةُ، ولا يَعُودُ السَّلَمُ، ولوِ اشْتَرىٰ عَرْضًا فردَّه بحُكْمِ العَيْبِ، ولَمْ يُسْلِمْ إلىٰ البَائِعِ حتىٰ هلكَ؛ يَبْطُلُ الرَّدُّ ويَعُودُ البَيْع.

قالَ فخرُ الدِّينِ قاضي خان رَحِمَهُ اللَّهُ في «**شرحِ الجامعِ الصغيرِ**»: «والفقهُ فيه: أنَّ الإِقَالَةَ في السَّلَمِ حُكْمُها سقوطُ [١٢/١٥٤و/د] السَّلَمِ عنْ ذمَّةِ المُسْلَمِ إليه، فلوِ انفسَخَتِ الإِقَالَةُ كانَ حُكْمُ الِانْفِسَاخِ عَوْدَ المُسْلَم فيه، والساقطُ ممَّا لَا يَحْتَمِلُ العَوْدُ؛ لأنَّهُ تلاشَىٰ، أمَّا حُكْمُ إقالةِ البَيْعِ: أنْ يَعُودَ المَبِيعُ إلىٰ مِلْكِ البَائِعِ، فإذا انفسخَتِ الإِقَالَةُ؛ يَعُودُ إلىٰ مِلْكِ [٦/١٠٢و/م] المُشْتَرِي، والمِلْكُ ممَّا يَقْبَلُ الانتقالَ»(١).

والوجهُ الثاني في أنَّهما لَا يتحالفانِ: ما قالَ الفقيهُ أبو الليثِ رَحِمَهُ اللَّهُ في «**شرح الجامع الصغيرِ**»: «أنهما لَمَّا تَقَايَلَا، فقدْ بَرِئَ الذي عليْهِ السَّلَمُ، وصارتِ السِّلْعَةُ مُسْتهلَكَةً، والسِّلْعَةُ إذا كانَتْ مُسْتهلكةً؛ كانَ القولُ قولَ المُشْتَرِي، ولا يتحالفانِ، فكذلكَ هاهنا».

---

(١) ينظر: «شرح الجامع الصغير» لقاضيخان [ق/١٧١].

تَرَىٰ أَنَّ رَأْسَ مَالِ السَّلَمِ لَوْ كَانَ عَرَضًا فَرَدَّهُ بِالْعَيْبِ وَهَلَكَ قَبْلَ التَّسْلِيمِ إِلَىٰ رَبِّ السَّلَمِ لَا يَعُودُ السَّلَمُ، وَلَوْ كَانَ ذَلِكَ فِي بَيْعِ الْعَيْنِ يَعُودُ الْبَيْعُ، دَلَّ عَلَىٰ الْفَرْقِ بَيْنَهُمَا.

قَالَ: وَإِذَا اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ فِي الْمَهْرِ، فَادَّعَىٰ الزَّوْجُ أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا بِأَلْفٍ، وَقَالَتْ: تَزَوَّجَنِي بِأَلْفَيْنِ، فَأَيُّهُمَا أَقَامَ الْبَيِّنَةَ؛ تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ؛ لِأَنَّهُ نَوَّرَ دَعْوَاهُ

غاية البيان

قالَ: «وهذا علىٰ أصلِ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ رضي الله عنهما مستقيم؛ لأنَّ مِنْ أصلِهما: أنَّ المُتَبَايِعيْنِ إذا اختلفا والسِّلْعَةُ هالكة؛ كانَ القولُ قولَ المُشْتَرِي، ولا يتحالفانِ، فكذلكَ هاهنا.

وأمَّا مذهبُ محمدٍ رضي الله عنه: فقدْ فرَّقَ بينَ السَّلَمِ والبَيْعِ:

فقالَ في البَيْعِ: إنْ كانَتِ السِّلْعَةُ هالكةً [٢/٣٥١ظ] يتحالفانِ؛ لأنَّ القِيمَةَ تَقُومُ مقامَها.

وأمَّا في بابِ السَّلَمِ: فلَا تَقُومُ القِيمَةُ مقامَ السَّلَمِ؛ لأنَّهُ لَا يَحِلُّ لربِّ السَّلَمِ أنْ يَأْخُذَ إلَّا رأسَ المالِ أوِ السَّلَمَ، فلَمَّا لَمْ تَقُمِ القِيمَةُ مقامَه؛ لَا يَجُوزُ أنْ يتحالفا؛ لأنَّ إقالةَ السَّلَمِ [١٢/١٥٤ظ/د] لَا تَحْتَمِلُ النقْضَ والرَّدَّ؛ بدليلِ أنَّهما لوْ قصَدا إبطالَ الإِقَالَةِ لَا يَجُوزُ».

قولُه: (فَرَدَّهُ بِالْعَيْبِ)، أرادَ بهِ: قَضَاءَ القاضي بِالرَّدِّ، لَا حقيقةَ الرَّدِّ.

قولُه: (بَيْنَهُمَا)، أي: بينَ السَّلَمِ وبيْعِ العينِ.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ فِي الْمَهْرِ، فَادَّعَىٰ الزَّوْجُ أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا بِأَلْفٍ، وَقَالَتْ: تَزَوَّجَنِي بِأَلْفَيْنِ، فَأَيُّهُمَا أَقَامَ الْبَيِّنَةَ؛ تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصرِه»، وتمامُه فيه: «وإنْ أقاما البَيِّنَةَ: فالبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ المرأةِ، وإنْ لَمْ يَكُنْ لهما بَيِّنَةٌ؛ تحالفَا عندَ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه، ولا يُفْسَخُ النِّكَاحُ»[1].

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢١٨].

بِالْحُجَّةِ. وَإِنْ أَقَامَا الْبَيِّنَةَ فَالْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الْمَرْأَةِ؛ لِأَنَّهَا تُثْبِتُ الزِّيَادَةَ، مَعْنَاهُ إِذَا كَانَ مَهْرُ مِثْلِهَا أَقَلَّ مِمَّا ادَّعَتْهُ.

غاية البيان

وصورةُ المسألةِ في «الجامعِ الصغيرِ»: ما ذكرْناها في كتابِ النِّكَاحِ، في بابِ المهرِ، وهيَ: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنهم: في الرَّجُلِ يَتَزَوَّجُ المرأةَ فيختلفانِ في المهرِ، فالقولُ قولُ المرأةِ إلىٰ مهرِ مِثْلِها، والقولُ قولُ الزوجِ فيما زادَ، وإنْ طَلَّقَها قبْلَ الدخولِ بها؛ فالقولُ قولُ الزوجِ في نِصْفِ المهرِ، وهوَ قولُ أبي حَنِيفَةَ ومحمدٍ رضي الله عنهما، وقالَ أبو يوسفَ رضي الله عنه: القولُ قولُ الزوجِ في المهرِ، طلَّقَ أوْ لَمْ يُطَلِّقْ، إلَّا أنْ يأتيَ مِنْ ذلكَ بشيءٍ قليلٍ؛ فلَا يُصَدَّقُ»[1].

اعلمْ: أنَّ الزوْجَيْنِ إذا اختلفا في مقدارِ المهرِ، فقالَ الزوجُ: ألفٌ، وقالَتِ المرأةُ: ألفانِ. فإنْ كانَ بعدَ الدخولِ قبْلَ الطَّلَاقِ أوْ بعدَ الطَّلَاقِ: يُحَكَّمُ مهرُ المِثْلِ، حتىٰ لوْ كانَ مهرُ المِثْلِ ألفًا أوْ أقلَّ؛ فالقولُ قولُ الزوجِ ـ مع يمينِه في [١٢/١٥٥و/د] إنكارِ الزِّيَادَةِ ـ: باللهِ ما تزوّجْتُها [٦/١٠٢ظ/م] علىٰ ألفينِ، فإنْ نَكَلَ أعطاها ألفيْنِ علىٰ سبيلِ التَّسْمِيَةِ دراهمَ، لَا خِيَارَ للزوجِ فيها، وإنْ حَلَفَ لَا يَثْبُتُ الفضلُ، وأيُّهما أقاما البَيِّنَةَ قُبِلَتْ بَيِّنَتُه، فإنْ أقاما جميعًا: كانَتْ بَيِّنَةُ المرأةِ أَوْلَىٰ؛ لأنها أكثرُ إثباتًا، هذا إذا كانَ مهرُ المِثْلِ ألفًا أوْ أقلَّ.

أمَّا إذا كانَ مهرُ المِثْلِ ألفيْنِ أوْ أكثرَ؛ فالقولُ قولُ المرأةِ مع يمينِها: باللهِ ما رضيتُ بألفٍ؛ لأنَّها مُنْكِرةٌ للحطِّ الذي يَدَّعِيه الزوجُ، وإنْ نكلَتْ؛ يَجِبُ لها الألفُ باعتبارِ التَّسْمِيَةِ، وإنْ حلفَتْ يَثْبُتُ لها ألفانِ: ألفٌ منهما باعتبار التَّسْمِيَةِ، وألفٌ آخرُ باعتبارِ تحكيمِ مهْرِ المِثْلِ، وللزوجِ خِيَارٌ في هذه الألفِ: إنْ شاءَ أعطاها دراهمَ كما سمَّاها، وإنْ شاءَ أعطاها مِنَ الدنانيرِ ما يساوِي ألفَ درهمٍ، فأيُّهما أقامَ البَيِّنَةَ علىٰ دعواهُ قُبِلَتْ بَيِّنَتُه؛ لأنَّ كُلًّا منهما مدّعٍ ظاهرًا.

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/١٧٩ ـ ١٨٠].

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمَا بَيِّنَةٌ تَحالَفَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَلَا يُفْسَخُ النِّكَاحُ؛ لِأَنَّ أَثَرَ

غاية البيان

فإذا أقاما جميعًا كانَتْ بَيِّنَةُ الزوجِ أَوْلَىٰ، وهوَ الصحيحُ؛ لأنَّها أكثرُ إثباتًا، لأنَّ بَيِّنَةَ الزوجِ تُثْبِتُ الأصلَ، وهوَ سقوطُ أحدِ الألفيْنِ، وبَيِّنَةُ [١٢/١٥٥ظ/د] المرأةِ تُثْبِت صفةَ التَّعيُّنِ، وهوَ وجوبُ المُسَمَّىٰ دراهم، ولا تُثْبِتِ الأصلَ؛ لأنَّ الأصلَ - وهو الألفانِ - ثابتٌ لها باعتبارِ تحكيمِ مهرِ المِثْلِ، فالمُثْبِتُ للأصْلِ أَوْلَىٰ؛ لكونِه أقوىٰ مِنَ المُثْبِتِ للوَصْفِ.

وأمَّا إذا كانَ مهرُ مِثْلِها ألفًا وخمسَ مئةٍ: يَجِبُ التحالُفُ؛ لأنَّ كُلَّ واحدٍ منهما مدّعٍ ومُنْكِرٌ.

أمَّا الزوجُ: فإنَّه يدَّعِي الحَطَّ، والمرأةُ تُنْكِرُه.

وأمَّا المرأةُ: فإنها تَدَّعِي خمسَ مئةٍ أُخرىٰ زائدةً علىٰ مهرِ المِثْلِ، والزوجُ يُنْكِرُ ذلك.

قالوا في «شروح الجامع الصغير»: يُبْتَدَأُ التحالُف بالقرعة؛ لأنَّهُ لَا رجْحان لأحدهما علىٰ الآخر.

وقالَ القُدُورِيُّ رحمه الله **في «شرحِ كتابِ الاستحلافِ»**: يُبْتَدَأُ في التحالفِ بيمينِ الزوجِ، وذاكَ أنَّ المهرَ في حُكْمِ الثَّمَنِ، والبُضْعُ كالمَبِيعِ، وفي المُتَبَايِعينِ: يُبْدَأُ بيمينِ المُشْتَرِي، فكذا هنا يُبْدَأُ بيمينِ الزوجِ، وإليه ذهبَ الإمامُ الأَسْبِيْجَابيُّ في «**شرحِ الطَّحَاوِيِّ**»، وإليه ذهبَ صاحبُ «**الهداية**» أيضًا في هذا المقامِ، ولكنْ لَمْ يتعرَّضْ لهُ في بابِ المهرِ.

ثُمَّ إنْ نَكَلَ الزوجُ: ثَبَتَ الألفانِ مُسمًّىٰ، وإنْ نكلَتِ المرأةُ: ثَبَتَ الألفُ، وإذا حَلَفا جميعًا يَجِبُ ألفٌ وخمسُ مئةٍ [٢/٣٥٢و]، الألفُ: باعتبار التَّسْمِيَةِ، وخمسُ مئةٍ [١٢/١٥٦و/د]: باعتبارِ تحكيمِ مهرِ المِثْلِ، وللزوجِ خِيَارٌ فيها، فأيُّهما أقامَ

. . . .

البَيِّنَةَ قُبِلَتْ بَيِّنَتُه.

وإنْ أقاما جميعًا تهاترَتِ البيِّنتانِ[1] [٦/١٠٣و/م] للتعارُضِ، ووجَبَ مهرُ المِثْلِ ألفٌ وخمسُ مئةٍ، الألفُ: باعتبارِ التَّسْمِيَةِ، وخمسُ مئةٍ: باعتبارِ تحكيمِ مهرِ المِثْلِ، ويَتَخَيَّرُ الزوجُ فيها، وهذا كلُّه قولُ أبي حَنِيفَةَ ومحمدٍ رضي الله عنهما علىٰ تخريجِ أبي بكرٍ الرَّازِيِّ. أَعْنِي: أنَّ التحالفَ في فصْلٍ واحدٍ علىٰ تخريجِه، وهوَ ما إذا خالَفَ مهرُ المِثْلِ قولَهما، فإنْ وافَقَ قولَ أحدِهما؛ فالقولُ قولُه؛ لأنَّ الظاهرَ معه.

وقالَ الشيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ: يَجِبُ التحالفُ علىٰ قولِهما في الفصولِ كلِّها، ثمَّ يُحَكَّمُ مهرُ المِثْلِ، قالُوا: وهوَ **الصحيحُ**؛ لأنَّ مهرَ المِثْلِ لَا يَثْبُتُ مع وجودِ التَّسْمِيَةِ، وإنَّما تَنْعَدِمُ التَّسْمِيَةُ بالتحالفِ؛ لأنَّهُ حينئذٍ يَكُونُ كأنَّ العَقْدَ لَمْ يَكُنْ فيهِ تسميةٌ أصلًا، فيُصَارُ إلىٰ مهرِ المِثْلِ، فلَمَّا لَمْ يَثْبُتْ مهرُ المِثْلِ مع وجودِ التَّسْمِيَةِ؛ كيفَ يَكُونُ الظاهرُ مع الذي وافقَه مهرُ المِثْلِ؟

وقالَ أبو يوسفَ: القولُ قولُ الزوجِ مع يمينِه، ولا يُحَكَّمُ مهرُ المِثْلِ إلَّا أنْ يأتيَ بشيءٍ قليلٍ، وذاكَ لأنَّ مهرَ المِثْلِ قِيمَةُ البُضْعِ، والبُضْعُ ليسَ بمُتَقَوِّمٍ، وإنما يتقوَّمُ بالتقويمِ [١٢/١٥٦ظ/د]، ولا حاجةَ إلىٰ التقويمِ عندَ وجودِ التَّسْمِيَةِ، ولأنَّ مهرَ المِثْلِ إنَّما يُعْتَبرُ عندَ انعدامِ التَّسْمِيَةِ، وقدِ اتفقا علىٰ أصلِ التَّسْمِيَةِ، فلَا يُحَكَّمُ مهرُ المِثْلِ، ولا معنىٰ للتحالفِ؛ لأنَّهُ للفَسْخِ، والنِّكَاحُ لَا يَحْتَمِلُ هذا النوعَ مِنَ الفَسْخِ، ولهذا لَا يُصارُ إلىٰ تحكيمِ المتعةِ إذا طَلَّقَها قبْلَ الدخولِ، بلْ لها نِصْفُ ما يَقُولُه الزوجُ، وهذا لأنَّ المتعةَ مُوجبُ نِكَاحٍ لَا تسميةَ فيهِ بعدَ الطَّلَاقِ، كمهرِ المِثْلِ قبْلَ الطَّلَاقِ.

ولأبي حَنِيفَةَ ومحمدٍ رضي الله عنهما: أنَّ البُضْعَ مُتَقَوِّمٌ عندَ النِّكَاحِ، ولهذا إذا لَمْ توجَدِ

---

(١) وقع بالأصل: «البيِّنات». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

التَّحَالُفِ فِي انْعِدَامِ التَّسْمِيَةِ، وَأَنَّهُ لَا يُخِلُّ بِصِحَّةِ النِّكَاحِ؛ ....

غاية البيان

التَّسْمِيَةُ يَجِبُ مهرُ المِثْلِ، فلَمَّا اختلفا في المُسَمَّىٰ؛ وجَبَ تحكيمُ المُوجبِ الأصليِّ، وهوَ قِيمَةُ البُضْعِ. أَعْنِي: مهرَ المِثْلِ.

ولَا نُسَلِّمُ أَنَّ النِّكَاحَ لَا يَحْتَمِلُ الفَسْخَ، ألا ترىٰ أَنَّهُ يُفْسَخُ بخيارِ العِتْقِ، وخِيَارِ البُلُوغِ، وعدمِ الكفاءةِ، ويُسْتَحَقُّ فيهِ التَّسْلِيمُ والتَّسَلُّمُ، فأشبَهَ البَيْعَ مِنْ هذا الوجهِ، فوجبَ التحالُفُ.

وقولُ أبي يوسفَ: «إلَّا أنْ يأْتِيَ بشيءٍ قليلٍ» هوَ لَفْظُ: «**الجامعِ الصغيرِ**»[1]، وفي «**المبسوطِ**»[2]، و«**شرحِ الطحاويِّ**»: «إلَّا أَنْ يأْتِيَ بشيءٍ مُسْتَنْكرٍ»، وتكلَّمُوا في معناه.

قالَ بعضُهم [١٢/١٥٧و/د]: هوَ أنْ يدَّعِيَ الزوجُ أقلَّ مِن عشرةِ دراهمَ.

وقالَ بعضُهم: هوَ أنْ يدَّعِي ما لَا يُتعارَفُ مهرًا لها، كما إذا ادَّعَىٰ في مهرِ بنت المَلِكِ مثلًا عشرينَ دينارًا؛ لَا يُصَدَّقُ علىٰ ذلك، هذا كلُّه [٦/١٠٣ظ/م] إذا اختلفا بعدَ الدخولِ[3].

أَمَّا إذا اختلفا قبلَ الدخولِ: فالقولُ قولُ الزوجِ في نِصْفِ المهرِ إذا طَلَّقَها عندَ أبي حَنِيفَةَ ومحمدٍ رحمهما الله، ولا تُحَكَّمُ متعةُ مِثْلِها، وهذا علىٰ روايةِ «**الجامعِ الصغيرِ**» و«**المبسوطِ**»[3].

وقالَ في «الجامعِ الكبيرِ»: «تُحَكَّمُ متعةُ مِثْلِها، فإنْ شهدَتْ لأحدِهما؛ فالقولُ لهُ مع يمينِه، وإنْ كانَتْ بينَ الأمْرَيْنِ؛ حَلَفَ كُلُّ واحدٍ منهما، كما في حالِ

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/١٨٠].
(٢) ينظر: «المبسوط» للسرخسي (٥/٦٥)، «شرح مختصر الطحاوي» للجصاص (٤/٤١٤).
(٣) ينظر: شرح قاضيخان علىٰ الجامع الصغير [ق/١١٢].

لِأَنَّ الْمَهْرَ تَابِعٌ فِيهِ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ؛ لِأَنَّ عَدَمَ التَّسْمِيَةِ يُفْسِدُهُ عَلَىٰ مَا مَرَّ فَيُفْسَخُ. وَلَكِنْ يُحَكَّمُ مَهْرُ الْمِثْلِ، ....

غاية البيان

قيامِ النِّكاحِ.

وعندَ أبي يوسفَ رضي الله عنه: القولُ قولُ الزوجِ مع يمينِه، إلَّا أنْ يأْتِيَ بشيءٍ قليلٍ يُكذِّبُه الظاهرُ».

وَجْهُ التوفيقِ بينَ الروايَتَيْنِ: أنَّ وَضْعَ المسألةِ في الأصلِ: في الألفِ والألفيْنِ، ولا فائدةَ في تحكيمِ المتعةِ؛ لأنَّ الزوجَ معْتَرِفٌ بنِصْفِ الألفِ، والمتعةُ لَا تَبْلُغُ ذلكَ غالبًا.

أمَّا في «الجامعِ»: فقدْ وَضَعَ المسألةَ في العشرةِ والمئةِ، ومتعةُ مِثْلِها عشرونَ، فأفادَ تحكيمَ المتعةِ.

[١٢/١٥٧ظ/د] وجوابُ «**الجامعِ الصغيرِ**» ساكتٌ [٢/٣٥٢ظ] عنْ ذِكْرِ المقدارِ، فحُمِلَ علىٰ المتعارَفِ، وهوَ الاختلافُ في الأُلوفِ، كما ذكرَ في «**الأصلِ**»، وهذا إذا كانَ الاختلافُ في قَدْرِ المُسَمَّىٰ، أمَّا إذا كانَ الاختلافُ في أصلِ التَّسْمِيَةِ، فأنكرَ أحدُهما؛ يَجِبُ مهرُ المِثْلِ بالاتفاقِ.

أمَّا عندَهما: فظاهرٌ؛ لأنَّ الأصلَ تحكيمُ مهرِ المِثْلِ عندَهما، وكذا عندَ أبي يوسفَ؛ لأنَّهُ في المسألةِ الأُولىٰ جعلَ القولَ قولَ الزوجِ؛ لأنَّهُ يقينٌ، وقدْ وُجِدَ الاتفاقُ مِن الزوجيْنِ علىٰ أصلِ التَّسْمِيَةِ، وهنا أنكرَ أحدُهما المُسَمَّىٰ، فلَمْ يُمْكِنِ القَضَاءُ بالتسميةِ؛ فوجبَ المصيرُ إلىٰ مهرِ المِثْلِ، والبَاقِي يُنْظَر في بابِ المهرِ في شَرْحِنا هذا.

قولُه: (لِأَنَّ الْمَهْرَ تَابِعٌ فِيهِ)، أي: في النِّكَاحِ.

قولُه: (وَلَكِنْ يُحَكَّمُ مهر المِثْلِ)، استدراكٌ مِنْ قولِه: (وَلَا يُفْسَخُ النِّكَاحُ).

فَإِنْ كانَ مِثْلَ مَا اعْتَرَفَ بِهِ الزَّوْجُ أَوْ أَقَلَّ قَضَىٰ بِمَا قَالَ الزَّوْجُ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ لَهُ، وَإِنْ كَانَ مِثْلَ مَا ادَّعَتْهُ الْمَرْأَةُ أَوْ أَكْثَرَ قَضَىٰ بِمَا ادَّعَتْهُ الْمَرْأَةُ.

وَإِنْ كَانَ مَهْرُ الْمِثْلِ أَكْثَرَ مِمَّا اعْتَرَفَ بِهِ الزَّوْجُ وَأَقَلَّ مِمَّا ادَّعَتِ الْمَرْأَةُ قَضَىٰ لَهَا بِمَهْرِ الْمِثْلِ؛ لِأَنَّهُمَا لَمَّا تَحَالَفَا لَمْ يَثْبُتِ الزِّيَادَةَ عَلَىٰ مَهْرِ الْمِثْلِ وَلَا الْحَطُّ عَنْهُ.

قَالَ الْعَبْدُ الضَّعِيفُ: **ذَكَرَ التَّحَالُفَ أَوَّلًا ثُمَّ التَّحْكِيمَ**، وَهَذَا قَوْلُ الْكَرْخِيِّ رحمه الله؛ لِأَنَّ مَهْرَ الْمِثْلِ لَا اعْتِبَارَ لَهُ مَعَ وُجُودِ التَّسْمِيَةِ **وَسُقُوطِ اعْتِبَارِهَا بِالتَّحَالُفِ**؛ فَلِهَذَا يُقَدَّمُ فِي الْوُجُوهِ كُلِّهَا، وَيَبْدَأُ بِيَمِينِ الزَّوْجِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ تَعْجِيلًا لِفَائِدَةِ النُّكُولِ كَمَا فِي الْمُشْتَرِي، **وَتَخْرِيجُ الرَّازِيِّ** رحمه الله **بِخِلَافِهِ**،

غاية البيان

قولُه: (**فَإِنْ كانَ مِثْلَ مَا اعْتَرَفَ بِهِ الزَّوْجُ**)... إلى آخرِه، وقعَ تفسيرًا لقوله: (**يُحَكَّمُ مهرُ المِثْلِ**).

قولُه: (**ذَكَرَ التَّحَالُفَ أَوَّلًا ثُمَّ التَّحْكِيمَ**)، **أي**: ذكرَ القُدُورِيُّ في «**مختصرِه**»[1] التحالفَ أوَّلًا إذا اختلفا في المهرِ إذا لَمْ يَكُنْ لهما بيِّنةٌ، ثم ذكَرَ بعدَ ذلكَ تحكيمَ مهرِ المِثْلِ، وهوَ قولُ الشيخِ أبي الحسنِ الكَرْخِيِّ رحمه الله.

قولُه: (**وَسُقُوطِ** [١٢/١٥٨و/د] **اعْتِبَارِهَا بِالتَّحَالُفِ**)، أي: اعتبار التَّسْمِيَةِ، والبيانُ مَرَّ آنفًا.

قولُه: (**وَتَخْرِيجُ الرَّازِيِّ بِخِلَافِهِ**)، **أي**: تخريجُ أبي بكرٍ الرَّازِيِّ بخلافِ قولِ الكَرْخِيِّ؛ لأنَّ أبا بكرٍ الرَّازِيَّ يَقُولُ بتحكيمِ مهرِ المِثْلِ أوَّلًا إذا وافَق ذلكَ قولَ أحدِهما، ثم يَقُولُ بالتحالفِ إذا خالفَ قولَ أحدِهما، وقد مَرَّ بيانُه آنفًا.

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/٢١٨].

وَقَدِ اسْتَقْصَيْنَاهُ فِي النِّكَاحِ وَذَكَرْنَا خِلَافَ أَبِي يُوسُفَ فَلَا نُعِيدُهُ.

وَلَوِ ادَّعَىٰ الزَّوْجُ النِّكَاحَ عَلَىٰ هَذَا الْعَبْدِ، وَالْمَرْأَةُ تَدَّعِيهِ عَلَىٰ هَذِهِ الْجَارِيَةِ فَهُوَ كَالْمَسْأَلَةِ الْمُتَقَدِّمَةِ، إِلَّا أَنَّ قِيمَةَ الْجَارِيَةِ إِذَا كَانَتْ مِثْلَ مَهْرِ الْمِثْلِ يَكُونُ لَهَا قِيمَتُهَا دُونَ عَيْنِهَا؛ لِأَنَّ تَمَلُّكَهَا لَا يَكُونُ إِلَّا بِالتَّرَاضِي وَلَمْ يُوجَدْ فَوَجَبَتِ الْقِيمَةُ.

غاية البيان

قولُه: (وَذَكَرْنَا خِلَافَ أبي يوسفَ) [٦/١٠٤و/م]، وهوَ أنَّ القولَ قولُ الزوجِ إلَّا أنْ يأتِيَ بشيءٍ مُسْتَنْكرٍ.

قولُه: (وَلَوِ ادَّعَىٰ الزَّوْجُ النِّكَاحَ عَلَىٰ هَذَا الْعَبْدِ، وَالْمَرْأَةُ تَدَّعِيهِ عَلَىٰ هَذِهِ الْجَارِيَةِ)، فهوَ كالمسألةِ المتقدّمةِ، ذكرَ هذه المسألةَ تفريعًا علىٰ مسألةِ القُدُورِيِّ.

وقالَ في «الإيضاحِ»: «وإنِ ادَّعَىٰ الزوجُ أنَّ المهرَ هوَ هذا العبدُ، وقالَتِ المرأةُ: هذه الجَارِيَةُ، فالكلامُ فيهِ كالكلامِ في الألف والألفيْنِ، إلَّا في فصلٍ واحدٍ، وهوَ أنَّ مهرَ مِثْلِها إذا كانَ مِثْلَ قِيمَةِ الجَارِيَةِ أوْ أكثرَ؛ فلها قِيمَةُ الجَارِيَةِ؛ لأنَّ تملُّكَ الجَارِيَةِ لَا يَكُونُ إلَّا بالتراضِي، فإذا لَمْ يتَّفِقا علىٰ ذلكَ؛ فقدْ تعذَّرَ التَّسْلِيمُ، فوجبَتِ القِيمَةُ»[1].

وقالَ شمسُ الأئمةِ البَيْهَقِيُّ في «الكفايةِ»[2]: «إذا كانَ مهرُ مِثْلِها مِثْلَ قِيمَةِ الجَارِيَةِ أوْ أكثرَ؛ لها مهر مِثْلِها [١٢/١٥٨ظ/د] لَا يُجَاوِزُ قِيمَةَ الجَارِيَةِ، وإنْ كانَ أقلَّ مِنْ قِيمَةِ العبدِ؛ لها مهرُ مِثْلِها إلَّا أنْ ترْضَىٰ بأخْذِ العبدِ؛ لأنَّ تمليكَ عينِ الحيوانِ لَا يُمْكِنُ إلَّا إذا اتفقا عليه، ولَمْ يتَّفِقا علىٰ مِلْكِ الجَارِيَةِ، فيُرْجَعُ إلىٰ قيمتِها».

وقالَ في «التحفةِ»: «وعلىٰ هذا: إذا اختلفا في طعامٍ بعَيْنِه، فقالَ الزوجُ: أنَّهُ

(١) ينظر: «الإيضاح» للكرماني [ق/٧٠].
(٢) قاله في كتاب النكاح. كذا جاء في حاشية: «م»، و«د».

وَإِنِ اخْتَلَفَا فِي الْإِجَارَةِ قَبْلَ اسْتِيفَاءِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ؛ تَحَالَفَا وَتَرَادًّا [٧٣/ظ]

غاية البيان

كُرٌّ، وقالَتِ المرأةُ: شرَطْتَ أنَّهُ كُرَّانِ ؛ لأنَّ القَدْرَ مَعْقُودٌ عليْهِ في الطعامِ المُعَيَّنِ، بخلافِ القَدْرِ في الثَّوْبِ المُعَيَّنِ ؛ فإنَّه بمنزلةِ الصِّفَةِ، والاختلافُ في مقدارِ ما يتعَلَّقُ العَقْدُ علىٰ قَدْرِه يُوجِبُ التحالفَ، فأمَّا الاختلافُ في الصِّفَةِ في بابِ بَيْعِ العينِ فلَا[1].

وأمَّا الذَّرْعُ، والكَيْلُ، والصِّفَةُ ـ إذا كانَ في الذِّمَّةِ ـ: فهوَ مَعْقُودٌ عليها، فإذا اختلفا فيها تحالفا.

وعلىٰ هذا أيضًا: إذا ادَّعَىٰ أحدُهما ألفَ درهمٍ، والآخرُ مئةَ دينارٍ ؛ فهوَ مِثْلُ الألفِ والألفيْنِ. يَعْنِي: أنَّ مهرَ مِثْلِها إنْ كانَ مِثْلَ مئةِ دينارٍ أو أكثرَ ؛ فلها المئةُ دينارٍ ؛ لأنَّ مهرَ المِثْلِ يُقْضَىٰ بهِ مِنْ جنسِ الدراهمِ والدنانيرِ، فجازَ أنْ تُسْتَحَقَّ المئةُ دينارٍ مِنْ غيرِ تراضٍ، بخلافِ العبدِ والجَارِيَةِ ؛ لِمَا ذَكَرْنا.

ولوْ طَلَّقَها قبْلَ الدخولِ بها: فلها نِصْفُ الألفِ بالاتفاقِ ؛ لأنَّ مهرَ المِثْلِ لَا يَجِبُ في الطَّلَاقِ قبْلَ الدخولِ، فلَا يُمْكِنُ التحكيمُ بهِ، فيَجِبُ المُتَعَيَّنُ، وهوَ نِصْفُ الألفِ.

وفي مسألةِ [١٢/١٥٩و/د] **الجَارِيَةِ**: لها المتعةُ إلَّا أنْ ترضَىٰ أنْ تَأْخُذَ نِصْفَ الجَارِيَةِ [٢/٣٥٣و] ؛ لأنَّهما لَمْ يتفقا علىٰ تسميةِ أحدِهما، فلَمْ يُمْكِنِ القَضاءُ بنِصْفِ الأقلِّ إلَّا باختيارِها، بخلافِ الألفِ والألفيْنِ، وأمَّا إذا كانَ المهرُ دَيْنًا، فاختلفا في جنسِه، أوْ نوْعِه، أوْ صفتِه ؛ فهوَ كالاختلافِ في العبديْنِ»[2] [٦/١٠٤ظ/م]. كذا في «**التحفةِ**»، وذلكَ لأنَّ الدَّيْنَ غائبٌ مذكورٌ، فيَخْتَلِفُ أصْلُه باختلافِ وَصْفِه.

قولُه: (وَإِنِ اخْتَلَفَا فِي الْإِجَارَةِ قَبْلَ اسْتِيفَاءِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ؛ تَحَالَفَا وَتَرَادًّا).

(١) ينظر: «بدائع الصنائع» [٢/٣٠٧].

(٢) لَمْ نهْتَد إلىٰ هذا النقل مِن مظَانه في المطبوع مِن: «تحفة الفقهاء». وينظر: «بدائع الصنائع» (٢/٣٠٨).

مَعْنَاهُ اخْتَلَفَا فِي البدلِ أَوْ فِي الْمُبْدَلِ ؛ لِأَنَّ التَّحَالُفَ فِي الْبَيْعِ قَبْلَ الْقَبْضِ عَلَىٰ وِفَاقِ الْقِيَاسِ عَلَىٰ مَا مَرَّ ، وَالْإِجَارَةُ قَبْلَ الْقَبْضِ الْمَنْفَعَةُ نَظِيرُ الْبَيْعِ قَبْلَ قَبْضِ الْمَبِيعِ ، وَكَلَامُنَا قَبْلَ اسْتِيفَاءِ الْمَنْفَعَةِ ، فَإِنْ وَقَعَ الِاخْتِلَافُ فِي الْأُجْرَةِ بَدَأَ بِيَمِينِ الْمُسْتَأْجِرِ ؛ لِأَنَّهُ مُنْكِرٌ لِوُجُوبِ الْأُجْرَةِ ، وَإِنْ وَقَعَ فِي الْمَنْفَعَةِ بَدَأَ بِيَمِينِ الْمُؤَاجِرِ ، وَأَيُّهُمَا نَكَلَ لَزِمَهُ دَعْوَىٰ صَاحِبِهِ ، وَأَيُّهُمَا أَقَامَ الْبَيِّنَةَ قُبِلَتْ ، وَإِنْ أَقَامَاهَا فَبَيِّنَةُ الْمُؤَاجِرِ أَوْلَىٰ ، إِنْ كَانَ الِاخْتِلَافُ فِي الْأُجْرَةِ ، وَإِنْ كَانَ الِاخْتِلَافُ فِي الْمَنْفَعَةِ فَبَيِّنَةُ الْمُسْتَأْجِرِ .

غاية البيان

هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصرِهِ»[1].

قالَ صاحبُ «الهدايةِ»: (مَعْنَاهُ اخْتَلَفَا فِي الْبَدَلِ أَوْ فِي الْمُبْدَلِ).

أرادَ بالبدلِ: الأُجْرةَ ، والمُبْدَلِ: المنافعَ التي وقَعَ عَقْدُ الإِجَارَةِ عليها ، وإنما وجَبَ التحالُفُ قبْلَ اسْتِيفَاءِ المَعْقُودِ عليْهِ عندَ اختلافِهما ؛ لأنَّ التحالفَ في بابِ البَيْعِ قبْلَ قبْضِ المَبِيعِ علىٰ وفاقِ القياسِ علىٰ ما تقدَّمَ بيانُه في أوَّلِ البابِ ، فتعَدَّىٰ منَ البَيْعِ إلىٰ الإِجَارَةِ ؛ لأنَّ الإِجَارَةَ نظيرُ البَيْعِ مِن حيثُ إنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ يَلْحَقُه الفَسْخُ ، ليسَ فيهِ معنىٰ التبَرُّعِ ، فصارَ الاختلافُ في الإِجَارَةِ قبلَ قَبْضِ المَنْفَعَةِ ، كالاختلافِ في البَيْعِ قبْلَ قَبْضِ المَبِيعِ ، فجرَىٰ التحالفُ هنا كما جرىٰ ثَمَّةَ .

قالَ شمسُ الأئمةِ البَيْهَقِيُّ ـ في كتابِ الإجاراتِ مِنَ «**الكفايةِ**» ـ: «اختلفا في [١٢/١٥٩ظ/د] قَدْرِ الأُجْرة قبْل القَبْض ، فقالَ المُسْتَأْجِر: بخمسة ، وقالَ الآجِرُ[2]:

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢١٨].

(٢) وقع بالأصل: «الآخر». والمثبت من: «م».

والآجِرُ: هو الذي أعطَىٰ المأجورَ بالإجارة ويقال له: المُكَارِي والمُؤجِر. ينظر: «التعريفات الفقهية» للبركتي [ص/١١].

وَإِنْ كَانَ فِيهِمَا قُبِلَتْ بَيِّنَةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِيمَا يَدَّعِيهِ مِنَ الْفَضْلِ؛ نَحْوَ أَنْ يَدَّعِي هَذَا شَهْرًا بِعَشْرَةٍ، وَالْمُسْتَأْجِرُ شَهْرَيْنِ بِخَمْسَةٍ، يَقْضِي بِشَهْرَيْنِ بِعَشْرَةٍ.

وَإِنِ اخْتَلَفَا بَعْدَ الِاسْتِيفَاءِ لَمْ يَتَحَالَفَا، وَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمُسْتَأْجِرِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وأبي يُوسُفَ ظَاهِرٌ، لِأَنَّ هَلَاكَ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ يَمْنَعُ التَّحَالُفَ عِنْدَهُمَا، وَكَذَا عَلَىٰ أَصْلِ مُحَمَّدٍ؛ لِأَنَّ الْهَلَاكَ إِنَّمَا لَا يُمْنَعُ عِنْدَهُ فِي الْمَبِيعِ لِمَا أَنَّ لَهُ قِيمَةً تَقُومُ مَقَامَهُ فَيَتَحَالَفَانِ عَلَيْهَا، وَلَوْ جَرَىٰ التَّحَالُفُ هُنَا وَفُسِخَ الْعَقْدُ

غاية البيان

بعشرة، أوْ في المُدَّةِ، فقالَ الآجِرُ: شهرًا، وقالَ المُسْتَأْجَر: شهريْنِ. أوْ [في][1] المسافةِ قالَ هذا: إلىٰ القصرِ، وذلك إلىٰ الكوفةِ؛ يتحالفانِ وتُفْسَخُ الإِجَارَةُ، وأيُّهما نكَلَ لزِمَه دعوىٰ صاحبِه، ومَنْ أقاما بَيِّنَةً تُقْبَلُ، فإنْ أقاما فالبَيِّنَةُ للمُؤاجِر إنْ كانَ الخلافُ في قَدْرِ الأُجْرة، أوْ نوعِها، أوْ جنسِها.

فأمَّا إنْ كانَ في المُدَّةِ: فللمُسْتأجِرِ، ويُبْدَأُ بيمينِ مَنْ كانَتْ بَيِّنَتُه أَوْلَىٰ إذا أقاما؛ لأَنَّهُ أدخلَ في بابِ الفائدةِ، فإنِ ادَّعَىٰ كُلُّ واحدٍ فضلًا فيما يَطْلُبُ، ونقْصانًا فيما يَطْلُبُ الآخر، وقالَ الآجِرُ: آجَرْتُك إلىٰ القصْرِ بعشرةٍ، وهوَ يَقُولُ: إلىٰ الكوفةِ بخمسةٍ؛ فالتحالُف والنُّكُولُ وقبولُ البَيِّنَةِ علىٰ ما ذكَرْنا، وإنْ أقاما البَيِّنَةَ تُقبلُ بَيِّنَةُ كُلِّ واحدٍ علىٰ الفضلِ الذي يَدَّعِيهِ». كذا في «**الكفايةِ**».

قولُه: (وَإِنِ اخْتَلَفَا بَعْدَ الِاسْتِيفَاءِ؛ لَمْ يَتَحَالَفَا، وَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمُسْتَأْجِرِ). هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «**مختصرِه**»[2].

وذلك لأنَّ فائدةَ التحالفِ فَسْخُ العَقْدِ والترادُّ، فبَعْد اسْتِيفَاءِ المنافع لَا يُمْكِنُ الفَسْخُ فيها؛ لأنَّها اضمَحلَّتْ وتلاشَتْ، ولأنَّ اليَمِينَ علىٰ المُنْكِرِ، والمُسْتَأْجِرُ لَا

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «غ».
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢١٨].

فَلَا قِيمَةَ ؛ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ لَا تُتَقَوَّمُ بِنَفْسِهَا بَلْ بِالْعَقْدِ ، وَتَبَيَّنَ أَنَّهُ لَا عَقْدَ . **وَإِذَا امْتَنَعَ** فَالْقَوْلُ لِلْمُسْتَأْجِرِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْمُسْتَحَقُّ عَلَيْهِ .

وَإِنِ اخْتَلَفَا بَعْدَ اسْتِيفَاءِ بَعْضِ الْمَعْقُودِ عليه تَحَالَفَا ، وَفُسِخَ الْعَقْدُ فِيمَا بَقِيَ ، وَكَانَ الْقَوْلُ فِي الْمَاضِي قَوْلَ الْمُسْتَأْجِرِ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ يَنْعَقِدُ سَاعَةً فَسَاعَةً ، فَيَصِيرُ فِي كُلِّ جُزْءٍ مِنَ الْمَنْفَعَةِ كَأَنَّ ابْتِدَاءَ الْعَقْدِ عَلَيْهَا ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ فِيهِ دَفْعَةٌ وَاحِدَةٌ ، فَإِذَا تَعَذَّرَ فِي الْبَعْضِ تَعَذَّرَ فِي الْكُلِّ .

غاية البيان

يدَّعِي على المُؤاجِرِ [١٢/١٦٠و/د] تسليمَ المنافعِ ؛ لأنَّ المُسْتَأْجِرَ استوفاها ، فلَا يَكُونُ المُؤَاجِرُ مُنْكِرًا ، فلَا يَجْرِي التحالفُ ، وإنما اليَمِينُ على المُسْتَأْجِرِ ؛ لأَنَّهُ المُنْكِرُ للزِّيَادَةِ التي يدَّعِيها المُؤَاجِرُ .

وهذا على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ رضي الله عنهما: ظاهر ؛ لأنَّ هلاكَ المَعْقُودِ عليهِ في البَيْعِ يَمْنَعُ التحالفَ [٦/١٠٥و/م] عندَهما .

أَمَّا عند محمدٍ رحمه الله: فإنما لَمْ يَمْنَعِ الهلاكُ التحالفَ في بابِ البَيْعِ ؛ لأنَّ العينَ متقَوِّمةٌ بنفسِها ، فكانتِ القِيمَةُ قائمةً مقامَ العينِ ، وفي بابِ الإِجَارَةِ المنافعُ ليست بمتقوِّمةٍ بأنفسِها ، بلْ بِالعَقْدِ ، فإذا انْفَسَخَ العَقْدُ بالتحالفِ ؛ لَا يَبْقَى العَقْدُ ، ولا تتقوَّمُ المنافعُ بلَا عَقْدٍ ، فلهذا لَمْ يَجْرِ التحالفُ عنده أيضًا ؛ فوجبَ الرُّجُوعُ إلى قولِ المُسْتَأْجِرِ ؛ لأَنَّهُ هوَ المُسْتَحقّ عليه ، ومتى وقعَ الخلافُ في الاِسْتِحْقَاقِ كانَ القولُ قولَ المُسْتَحقِّ عليْهِ مع يمينِه .

قولُه: (وَإِذَا امْتَنَعَ) ، أي: التحالفُ .

قولُه: (وَإِنِ اخْتَلَفَا بَعْدَ اسْتِيفَاءِ بَعْضِ المَعْقُودِ عليهِ تَحَالَفَا ، وفُسِخَ الْعَقْدُ فِيمَا بَقِيَ ، وَكَانَ الْقَوْلُ فِي الْمَاضِي قَوْلَ الْمُسْتَأْجِرِ) ، هذا لَفْظُ القُدُورِيّ في «**مختصرِه**»[1] ،

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢١٨] .

قَالَ: وَإِنِ اخْتَلَفَ الْمَوْلَىٰ وَالْمُكَاتَبُ فِي مَالِ الْكِتَابَةِ؛ لَمْ يَتحَالَفَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: يتحالفانِ، وَتُفْسَخُ الْكِتَابَةُ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ؛ لِأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ يَقْبَلُ الْفَسْخَ فَأَشْبَهَ الْبَيْعَ، وَالْجَامِعُ أَنَّ الْمَوْلَىٰ يَدَّعِي بَدَلًا زَائِدًا يُنْكِرُهُ الْعَبْدُ، وَالْعَبْدُ يَدَّعِي اسْتِحْقَاقَ الْعِتْقِ عَلَيْهِ عِنْدَ أَدَاءِ الْقَدْرِ الَّذِي يَدَّعِيهِ، وَالْمَوْلَىٰ يُنْكِرُهُ فَيَتَحَالَفَانِ كَمَا إِذَا اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ.

غاية البيان

وذلكَ لأنَّ كلَّ جزءٍ مِن المنافعِ كالمعقودِ عليْهِ عقدًا مبتدأً؛ لأنَّ العَقْدَ في بابِ الإجَارَةِ يَنْعَقِدُ ساعةً فساعةً، فكانَ البَاقِي [١٢/١٦٠ظ/د] مِن المُدَّةِ كالمنفردِ بِالعَقْدِ، فيتحالفانِ فيهِ [٢/٣٥٣ظ]، بخلافِ هلاكِ بعضِ المَعْقُودِ عليْهِ في بابِ المَبيعِ، فإنَّه يَمْنَعُ التحالفَ على مذهبِ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه؛ لأنَّ العَقْدَ وردَ على الجملةِ دفعةً واحدةً، فلَا يَكُونُ البعضُ كالمنفردِ بِالعَقْدِ، فإذا سقَطَ التحالفُ في البعضِ؛ سَقَطَ في البَاقِي أيضًا؛ لأنَّ الجملةَ مملوكةٌ بعَقْدٍ واحدٍ، فظهَرَ الفرقُ، وجُعِلَ القولُ في الماضي قولَ المُسْتَأْجِرِ؛ لأَنَّهُ المُسْتَحقُّ عليه، وهوَ المُدَّعَىٰ عليه، فكانَ القولُ قولَه مع يمينِه.

قولُه: (قَالَ: وَإِنِ اخْتَلَفَ الْمَوْلَىٰ وَالْمُكَاتَبُ فِي مَالِ الْكِتَابَةِ؛ لَمْ يَتحَالَفَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنه.

وقالَ أبو يوسفَ وَمُحَمَّدٌ رضي الله عنهما: يتحالفانِ، وَتُفْسَخُ الْكِتَابَةُ)[١]، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصرِهِ»[٢]، وقولُ الشَّافِعِيِّ رضي الله عنه كقولِهما[٣]. كذا في «شرحِ الأقطعِ»[٤].

وَجْه قولِهما: أنَّ كلَّ واحدٍ منهما مدَّعٍ منْ وَجْهٍ، مُنْكِرٌ مِنْ وَجْهٍ؛ لأنَّ الْمَوْلَىٰ

(١) وقوله هو المعول عليه عند النسفي، وهو أصح الأقاويل والاختيارات عند المحبوبي. ينظر: «الاختيار» [٢/١٢٤]، «التصحيح والترجيح» [ص٤٣٤]، «حاشية الشرنبلالي» [٢/٣٤١]، «اللباب» [٤/٥٠].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢١٨].

(٣) ينظر: «المهذب في فقه الإمام الشافعي» للشيرازي [٢/٣٩٣]، و«البيان» للعمراني [٨/٥٠٣].

(٤) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٢٥٨].

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْبَدَلَ مُقَابَلٌ بِفَكِّ الْحَجْرِ فِي حَقِّ الْيَدِ وَالتَّصَرُّفُ لِلْحَالِ، [٧٤/و] وَهُوَ سَالِمٌ لِلْعَبْدِ، وَإِنَّمَا يَنْقَلِبُ مُقَابَلًا بِالْعِتْقِ عِنْدَ الْأَدَاءِ فَقَبْلَهُ لَا مُقَابَلَةَ؛ فَبَقِيَ اخْتِلَافًا فِي قَدْرِ الْبَدَلِ لَا غَيْرَ فَلَا يَتَحَالَفَانِ.

قَالَ: وَإِذَا اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ فِي مَتَاعِ الْبَيْتِ [٦/١٠٥ظ/م]، فَمَا يَصْلُحُ لِلرِّجَالِ؛ فَهُوَ لِلرَّجُلِ كَالْعِمَامَةِ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ لَهُ، وَمَا يَصْلُحُ لِلنِّسَاءِ كَالْوِقَايَةِ

غاية البيان

يَدَّعِي بدلًا زائدًا يُنْكِرُه العبدُ، والعبدُ يَدَّعِي اسْتِحْقَاقَ العِتْقِ عليْهِ عندَ أداءِ القَدْرِ الذي يدَّعِيه، والمَوْلَىٰ يُنْكِرُ، فيتحالفانِ كما في الاختلافِ في الثَّمَنِ.

وأبو حَنِيفَةَ يَقُولُ: مُوجبُ العَقْدِ للحالِ فكُّ الحَجْرِ في حقِّ اليدِ والتصرّفِ، وذلكَ سالمٌ للعبدِ، وإنما يَنْقَلِبُ مقابلًا بالعتقِ عندَ الأداءِ، فقَبْلَه لَا مقابلةَ، فبَقِيَ الاختلافُ للحالِ في قَدْرِ [١٢/١٦١و/د] البدلِ لَا غيرَ، والعِتْقُ قبلَ الأداءِ عدمٌ، فلَمْ يَكُنْ للحالِ مقابلةٌ ولا اختلافٌ فيه، فلَا يتحالفانِ. كذا في «**إشاراتِ الأسرارِ**».

قولُه: (**قَالَ: وَإِذَا اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ فِي مَتَاعِ الْبَيْتِ** [٦/١٠٥ظ/م]، **فَمَا يَصْلُحُ لِلرِّجَالِ؛ فَهُوَ لِلرَّجُلِ**)، **أي**: قالَ القُدُورِيُّ في «**مختصرِهِ**»، وتمامُه فيه: «وما يَصْلُحُ للنساءِ: فهو للمرأةِ، وما يَصْلُحُ لهما: فهو لِلرَّجُلِ.

وإنْ مات أحدُهما، واختلفَ ورثتُه مع الآخرِ، فما يَصْلُح للرجالِ والنساءِ: فهو للبَاقِي منهما.

وقالَ أبو يوسفَ: يُدْفَع إلىٰ المرأةِ ما يُجَهَّزُ به مِثْلُها، والبَاقِي للزوجِ في الطَّلَاقِ والموتِ»[1].

وقالَ محمدٌ: ما كانَ للرجالِ فهوَ لِلرَّجُلِ، وما كانَ للنساءِ فهوَ للمرأةِ، وما

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/٢١٨].

فَهُوَ لِلْمَرْأَةِ لِشِهَادَةِ الظَّاهِرِ لَهَا، وَمَا يَصْلُحُ لَهُمَا كَالْآنِيَةِ فَهُوَ لِلرَّجُلِ؛ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ

غاية البيان

يَكُونُ لهما فهوَ لِلرَّجُلِ أوْ لورثتِه، والطَّلَاقُ والموتُ سواءٌ(١).

وإنْ كانَ أحدُهما مملوكًا فالمتاعُ للحُرِّ في حالةِ الحياةِ، وللحيِّ بعدَ الموتِ.

وقالا: العبدُ المَأْذُونُ لهُ في التِّجَارَةِ والمُكَاتَبُ بمنزلةِ الحُرِّ.

قالَ فخرُ الدِّين قاضي خان رحمه الله **في «شرحِ الجامعِ الصغيرِ»**(٢): «وإذا اختلفا الزوجانِ في متاعِ البيتِ والنِّكَاحُ بينهما قائمٌ، أوْ طَلَّقَها فادَّعَىٰ كلُّ واحدٍ منهما أنَّ الكلَّ له، قالَ أصحابُنا: ما يَصْلُحُ للرجالِ مِثْل: العِمَامَةِ والقَلَنْسُوَةِ، والخُفَّيْنِ، والأسلحةِ، والكُتبِ ونحوِ ذلكَ؛ فالقولُ فيها قولُ الرَّجُلِ؛ لأنَّ الظاهرَ شاهدٌ لهُ [١٦١/١٢ظ/د]، وفي الدعاوىٰ: القولُ قولُ مَن يَشْهَدُ لهُ الظاهرُ، وما يَكُونُ للنساءِ، كـ: الوِقَايةِ(٣)، والمُلَاءةِ ونحوِهما؛ فالقولُ فيها قولُ المرأة؛ لأنَّ الظاهرَ شاهدٌ لها.

وأَمَّا المُشْكِلُ: وهوَ ما يَصْلُحُ لهما، كالفَرَسِ، والشاةِ، والعبدِ، والخادمِ، والأواني، والأمتعةِ، والذهبِ، والفضةِ، والعَقَارِ؛ فعند أبي حَنِيفَةَ ومحمدٍ رضي الله عنهما: القولُ فيهِ قولُ الرَّجُلِ مع اليَمِينِ.

وعندَ أبي يوسفَ رضي الله عنه: القولُ قولُها في جهازِ مِثْلِها معَ اليَمِينِ، وفيما زادَ علىٰ ذلكَ: القولُ قولُ الزوجِ مع اليَمِينِ؛ لأنَّ في مقدارِ جهازِ المِثْلِ الظاهرُ شاهدٌ لها، فإنَّ العادةَ أنَّها تأتي بالجهازِ، فكانَ القولُ قولَها معَ اليَمِينِ.

---

(١) والصحيح قول أبي حنيفة - رحمه الله -. ينظر: «المبسوط» [٥/٢١٣]، «بدائع الصنائع» [٢/٣٠٨]، «تبيين الحقائق» [٤/٣١٢]، «العناية» [٨/٢٣٦، ٢٣٧]، «الجوهرة النيرة» [٢/٢٢٣]، «مجمع الأنهر» [٢/٢٦٩]، «الترجيح والتصحيح» [ص٥٣٤]، «اللباب في شرح الكتاب» [٤/٥١].

(٢) ينظر: «شرح قاضيخان على الجامع الصغير» [ق/١٣٧].

(٣) **الوِقاية**: هي الخِرْقةُ التي تعْقِد بها المرأةُ شَعْر رأسِها؛ لتقِيه مِن الغُبار. ينظر: «معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية» [٢/٤٩٠].

وَمَا فِي يَدِهَا فِي يَدِ الزَّوْجِ، وَالْقَوْلُ فِي الدَّعَاوَىٰ لِصَاحِبِ الْيَدِ، بِخِلَافِ مَا

غاية البيان

وَوَجْهُ قول أبي حَنِيفَةَ ومحمدٍ رضي الله عنهما [٢/٣٥٤و]: أنَّ المرأةَ وما في يدِها كلَّه في يدِ الزوجِ؛ لأنَّ المرأةَ في يدِ الزوجِ، ألا ترىٰ أنَّهُ لوْ تنازَعَ رَجُلانِ في امرأةٍ، وهيَ في بيتِ أحدِهما؛ كانَ القولُ قولَه باعتبارِ أنَّ المرأةَ في يدِه، والاثنانِ إذا تنازعا في شيءٍ هوَ في يدِ أحدِهما؛ كانَ القولُ قولَ صاحبِ اليدِ، بخلافِ ثيابِ بدنِها وما يَصْلُحُ لها؛ لأنَّ في ذلك وُجِدَ ظاهرٌ يَشْهَدُ لها أظهَرُ مِنْ يدِ الزوجِ، فجعلْنا القولَ قولَها، وصارَ هذا كالأجيرِ معَ المُسْتَأْجِرِ إذا اختلفا في متاعِ الحَانُوت؛ كانَ القولُ [١٢/١٦٢و/د] قولَ المُسْتَأْجِرِ، وللأجيرِ ما عليْهِ مِن ثيابِ بدنِه.

وما قالَ أبو يوسفَ: قلْنا: الجهازُ قدْ يَكُونُ، وقدْ لَا يَكُونُ، وقدْ يبقَىٰ، وقدْ لَا يَبْقَىٰ، فلَا يَبْطُلُ بهِ يدُ [٦/١٠٦و/م] الزوجِ.

وقالَ مالكٌ ـ وهو أحدُ قَوْلَي الشَّافِعِيِّ[١] ـ: الكلُّ بينهما نصفانِ؛ لاستوائهما في سببِ الاِسْتِحْقَاقِ، وهوَ اليدُ[٢].

وقالَ زُفَرُ رحمه الله: ما يَصْلُحُ للرجالِ؛ فهوَ للرجالِ، وما يَصْلُحُ للنساءِ؛ فهوَ للمرأةِ، والمُشْكِلُ بينهما نصفانِ.

وقالَ ابنُ أبي لَيْلَىٰ: الكلُّ للرجالِ، إلَّا ما علىٰ المرأةِ مِن ثيابِ بدنِها.

وقالَ الحسنُ البَصْرِيُّ: إنْ كانَ البيتُ للمرأةِ؛ فالمتاع كلُّه لها؛ لأنَّ يدَ

---

(١) معتمَدُ مذهب الشافعي: أنَّهُ إذا اختلف الزوجان في متاع البيت، فأيُّهما أقامَ بينةً علىٰ عينٍ أنها له؛ قُضِيَ له بها. فإن لم يكن له بينة، فما كان في يد واحد منهما، فالقولُ قوله مع يمينه. ينظر: «الأم» للشافعي [٨/٣٠٢]. و«الحاوي الكبير» للماوردي [١٧/٤٠٨]. و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٨/٣٤٩].

(٢) ينظر: «الكافي في فقه أهل المدينة» لابن عبد البر [٢/٥٥٧]. و«شرح مختصر خليل» للخرشي [٣/٣٠٠، ٣٠١].

يَخْتَصُّ بِهَا؛ لِأَنَّهُ يُعَارِضُهُ.........................

صاحبِ البيتِ علىٰ ما في البيتِ أقوىٰ وأظهرُ منْ يدِ غيرِه، فيُقْضَىٰ بالكلِّ لصاحبِ البيتِ، هذا إذا كانا حيَّيْنِ.

فإنْ ماتَ أحدُهما واختلف البَاقِي مع ورثةِ الميتِ؛ قالَ أبو يوسفَ ومحمدٌ رضي الله عنهما: الجوابُ فيهِ كالجوابِ فيما إذا كانا حيَّيْنِ؛ لأنَّ ورثةَ الميتِ تَقُومُ مقامَ الميتِ.

وعندَ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: المُشْكِلُ للبَاقِي منهما رَجُلًا كانَ البَاقِي أو امرأةً، أمَّا إذا كانَ البَاقِي هوَ الرَّجُلُ؛ فلَا يُشْكِلُ، وإنْ كانَ البَاقِي المرأةَ فكذلكَ، فإنَّ بعْدَ الموتِ المالَ في يدِها حقيقةً، والميتُ لَا يدَ لهُ، والمرأةُ تَكُونُ في يدِ الرَّجُلِ حالَ حياتِه، لَا بعْدَ وفاتِه، فالورثةُ [١٢/١٦٢ظ/د] يدَّعون ما في يدِها وهي تُنْكِرُ، فكانَ القولُ قولَها، وهذا إذا كانا حُرَّيْنِ.

فإنْ كانَ أحدُهما حُرًّا، والآخرُ رقيقًا: فإنْ كانَ مأذونًا لهُ في التِّجَارَة، أوْ مُكاتبًا؛ فعلىٰ قول أبي يوسفَ ومحمدٍ رحمهما الله: الجوابُ فيهِ كالجوابِ في الحُرَّيْنِ؛ لأنَّ لكلِّ واحدٍ منهما يدًا مُعْتَبَرَة، ألا ترىٰ أنّ حُرًّا وعبْدًا، أوْ مُكاتبًا وحُرًّا تنازَعا في شيءٍ هوَ في أيدِيهما؛ يُجْعَلُ بينهما؛ لاستوائِهما في اليدِ.

وعندَ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: المالُ للحُرِّ منهما أيّهما كانَ؛ لأنَّ يدَ الحُرِّ أقوَىٰ؛ لأنها يدُ مِلْكٍ، ولأن يدَ الحُرِّ يدُ نفسِه، ويدُ العبدِ يدُ الْمَوْلَىٰ مِنْ وَجْهٍ، فكانَ اعتبارُ يدِ الحُرِّ أَوْلَىٰ.

ووَجْهٌ آخرُ لأبي حَنِيفَةَ: أنهما تنازعا في مالٍ ثبتَتْ يدُهما بسببِ النِّكَاح، فكانَتِ المُنَازَعَةُ بينهما واقعةً في حُكْمٍ مِنْ أحكامِ النِّكَاحِ.

والمُكَاتَبُ والمَأْذُونُ بمنزلةِ المَحْجُورِ في ذلك؛ لأنَّ النِّكَاحَ لَا يَدْخُلُ تحتَ الإذْنِ والكِتَابَةِ، وفي المَحْجُورِ: يُقْضَىٰ بالمتاعِ للحُرِّ منهما، كذلكَ في المَأْذُونِ

ظَاهِرٌ أَقْوَىٰ مِنْهُ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ مَا إِذَا كَانَ الِاخْتِلَافُ فِي حَالِ قِيَامِ النِّكَاحِ أَوْ بَعْدَمَا وَقَعَتِ الْفُرْقَةُ.

والمُكَاتَبِ، هذا إذا كانا حيَّيْنِ، فإنْ كانَ أحدُهما ميتًا؛ فالقولُ قولُ الحَيِّ منهما، سواءٌ كانَ حُرًّا أوْ مملوكًا، فإنْ كانَ الحَيُّ حُرًّا: لَا شكَّ؛ لأنَّ في حالةِ الحياةِ نعْتَبِرُه للحُرِّ منهما، فبَعْدَ الموتِ أَوْلَىٰ، وإنْ كانَ البَاقِي مملوكًا فكذلكَ؛ لأنَّهُ لَا يدَ للميّتِ حتىٰ يَبْطُلَ يدُ [١٢/١٦٣و/د] العبدِ بمقابلِته. كذا ذكَره فخرُ الدِّين قاضي خان(١).

وقالَ في «شرحِ الطَّحَاوِيِّ»: «ومعنىٰ قولِنا [٦/١٠٦ظ/م]: أَنَّهُ لِلرَّجُلِ أوْ للمرأةِ: أنْ يُجْعَلَ في يدِه حتىٰ يَكُونَ القولُ قولَه مع يمينِه، وعلىٰ الآخرِ البَيِّنَةُ».

قولُه: (ظَاهِرٌ أَقْوَىٰ مِنْهُ)، وهوَ يدُ الانتفاعِ.

قالَ الفقيهُ أبو الليثِ رحمه الله في «شرحِ الجامعِ الصغيرِ»: أمَّا أبو حَنِيفَةَ ومحمدٌ وزُفَرُ رضي الله عنهم: كلُّهم اتفقُوا [٢/٣٥٤ظ] أنَّ ما كانَ لِلرَّجُلِ فهو لِلرَّجُلِ، وهذا لَا يُشْكِلُ؛ لأنَّهُ في يدِه وهوَ القائمُ عليها، وما كانَ للمرأةِ فهوَ للمرأةِ؛ لأنَّ المرأةَ أكثرُ استعمالًا، والاستعمالُ يَدُلُّ علىٰ اليد، والقَضاءُ بشَهَادَةِ الحالِ جائزٌ؛ لقولِ الله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ﴾ [يوسف: ٢٧].

وإذا ثبَتَ أنَّ القَضاءَ بشَهَادَةِ الحالِ جائزٌ، فالحالُ شاهدةٌ للمرأةِ؛ لأنَّها أكثرُ استعمالًا، أمَّا إذا كانَ مُشْكِلًا فماتتِ المرأةُ: ففيه اتفاقٌ بينَ أبي حَنِيفَةَ ومحمدٍ رحمهما الله: أنَّهُ يُقْضَىٰ للزوجِ.

وإنما يَظْهَرُ الاختلافُ بينَ أبي حَنِيفَةَ ومحمدٍ في حرْفٍ واحدٍ: إذا ماتَ الزوجُ، وبَقِيَتِ المرأةُ، في قولِ أبي حَنِيفَةَ: يُقْضَىٰ للمرأةِ، وفي قولِ محمدٍ: يُقْضَىٰ لورثةِ الزوجِ(٢).

---

(١) ينظر: «شرح قاضيخان علىٰ الجامع الصغير» [ق/١٣٧]، «فتاوىٰ قاضي خان» [١/٤٠١].
(٢) ينظر: «العناية شرح الهداية» [٨/٢٣٧]، «البناية شرح الهداية» [٩/٣٧٤].

فَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا وَاخْتَلَفَتْ وَرَثَتُهُ مَعَ الْآخَرِ ؛ فَمَا يَصْلُحُ لِلرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ فَهُوَ لِلْبَاقِي مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّ الْيَدَ لِلْحَيِّ دُونَ الْمَيِّتِ ، وَهَذَا الَّذِي ذَكَرْنَاهُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ .

وقالَ أَبُو يُوسُفَ: يُدْفَعُ إِلَى الْمَرْأَةِ مَا يُجَهَّزُ بِهِ مِثْلُهَا ، وَالْبَاقِي لِلزَّوْجِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْمَرْأَةَ تَأْتِي بِالْجِهَازِ وَهَذَا أَقْوَى ؛ فَيَبْطُلُ بِهِ ظَاهِرُ يَدِ

أمَّا مذهبُ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: فإنَّ للمرأةِ يدًا حقيقةً، وللزوجِ يدٌ مَجازِيَّةٌ ؛ لأَنَّهُ لَمَّا ماتَ فقد زالتْ يدُه عمَّا كانَ في يدِه ، وإنما جُعِلَتْ يدُ الورثةِ بمنزلةِ يدِه: على طريقِ الحُكْمِ والمجازِ ، وللمرأةِ يدٌ حقيقةً ؛ لأنَّ يدَها باقيةٌ [١٢/١٦٣ظ/د] ، ويدُ الحقيقةِ أَوْلَىٰ بالاعتبارِ مِنْ يدِ المَجازِ .

وأَمَّا مذهبُ محمدٍ: فإنَّ الورثةَ قامُوا مقامَ المُورِثِ ، فصارَتْ خصومتُهم بمنزلةِ خُصُومَةِ المُورِثِ ، ولوْ كانَ الميتُ في الأحياءِ كانَ أحقَّ بهِ ، فكذلكَ وارِثُه .

وأَمَّا مذهبُ أبي يوسفَ رحمه الله: أنَّ الزوجَ هوَ القائمُ علىٰ المرأةِ ، وما في يدِها كأنَّه في يدِه ، فيَنْبَغِي في القياسِ أنْ يُقْضَىٰ للزوجِ كما قالَ ابنُ أبي لَيْلَىٰ ، ألا ترىٰ أنَّ رَجُلًا لوْ كانَ يعُولُ أختَه أوْ بنتَه ، واختلفا في متاعِ البيتِ ؛ فالقولُ قولُ الرَّجُلِ في قولِهم جميعًا ، فكذلكَ هذا ، إلَّا أنِّي أستحْسِنُ في جهازِ مِثْلِها ؛ لأنَّ الحالَ شاهدٌ لها بذلكَ المقدارِ .

وأَمَّا مذهبُ زُفَرَ رحمه الله: أنَّ المُشْكِلَ بينهما نصفانِ ؛ لأنَّ حُجَّتَهما[1] قدِ استوَتْ في ذلكَ ، وليسَ أحدُهما أَوْلَىٰ مِنَ الآخرِ .

قولُه: (وقالَ أبو يوسفَ: يُدْفَعُ إِلَى الْمَرْأَةِ مَا يُجَهَّزُ بِهِ مِثْلُهَا ، وَالْبَاقِي لِلزَّوْجِ مَعَ يَمِينِهِ) ، أي: في المُشْكِلِ ، كذا قالَ بعضُ الشارِحينَ استدلالًا بما ذكرُوا في

(١) وقع بالأصل: «حجتها». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

الزَّوْجِ ، ثُمَّ فِي الْبَاقِي لَا مُعَارِضَ لِظَاهِرٍ فَيُعْتَبَرُ ، وَالطَّلَاقُ وَالْمَوْتُ سَوَاءٌ لِقِيَامِ الْوَرَثَةِ مَقَامَ مُوَرِّثِهِمْ .

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: مَا كَانَ لِلرِّجَالِ فَهُوَ لِلرَّجُلِ ، وَمَا كَانَ لِلنِّسَاءِ فَهُوَ لِلْمَرْأَةِ ، وَمَا يَكُونُ لَهُمَا فَهُوَ لِلرَّجُلِ أَوْ لِوَرَثَتِهِ لِمَا قُلْنَا لِأَبِي حَنِيفَةَ ، **وَالطَّلَاقُ وَالْمَوْتُ سَوَاءٌ** لِقِيَامِ الْوَارِثِ مَقَامَ الْمُوَرِّثِ ، **وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مَمْلُوكًا فَالْمَتَاعُ لِلْحُرِّ فِي حَالَةِ الْحَيَاةِ** ؛ لِأَنَّ يَدَ الْحُرِّ أَقْوَىٰ **وَلِلْحَيِّ بَعْدَ الْمَمَاتِ** ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدَ لِلْمَيِّتِ فَخَلَتْ يَدُ الْحَيِّ عَنِ الْمُعَارِضِ ، **وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَقَالَا: الْعَبْدُ الْمَأْذُونُ لَهُ فِي التِّجَارَةِ وَالْمُكَاتَبُ بِمَنْزِلَةِ الْحُرِّ** ؛ لِأَنَّ لَهُمَا يَدًا مُعْتَبَرَةً فِي الْخُصُومَاتِ ، وَاللهُ أَعْلَمُ .

«**شروحِ الجامعِ الصغيرِ**» ، وإشارةُ كتابِ «**الإشاراتِ**»: أنَّ قولَه في المُشْكِلِ وغيرِه كذلكَ ؛ لأنَّهُ قالَ فيها: (**إِذَا اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ فِي مَتَاعِ الْبَيْتِ**) .

قال أبو يوسفَ: يُعْطَىٰ للمرأةِ [٦/١٠٧و/م] جهازُ مِثْلِها باعتبارِ الظاهرِ والعادةِ ، والظاهرُ يَصْلُحُ للترجيحِ ، وما بقِيَ فللرَّجُلِ .

وقالَ أبو حَنِيفَةَ ومحمدٌ رضي الله عنهما: ما يَصْلُحُ لِلرَّجُلِ فهوَ لهُ ، وما يَصْلُحُ للنساءِ فهوَ لها اعتبارًا بيدِ الاستعمالِ ، وما كانَ مُشْكلًا ؛ فهو لِلرَّجُلِ ؛ لأنَّ يدَه أقوىٰ ، فإنَّه القَوَّامُ ، وهيَ في التحقيقِ في يدِه[1] .

فإذا ماتَ أحدُهما: قالَ أبو حَنِيفَةَ: المُشْكِلُ للحَيِّ أيّهما كانَ .

وقالَ محمدٌ: للزوْجِ ولوَارِثِه إنْ كانَ ميتًا . إلىٰ هنا لَفْظُ «**الإشاراتِ**» .

واللهُ أعلمُ .

(١) ينظر: «اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلىٰ» [ص ٨٦ ، ٨٧] ، «مختصر الطحاوي» [ص/ ٢٢٨ ، ٢٢٩] ، «المبسوط» [٥/٢١٣ ، ٢١٤] ، «الفقه النافع» [٣/١٢١١] ، «بدائع الصنائع» [٢/٦١٠] ، [٥/٣٨٧] ، «فتاوىٰ قاضي خان» [١/٤٠١] ، «تبيين الحقائق» [٤/٣١٢ ، ٣١٣] .

فَصْــلٌ
فِيمَنْ لَا يَكُونُ خَصْمًا

وَإِنْ قالَ الْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ: هَذَا الشَّيْءُ أَوْدَعَنِيهِ فُلَانٌ الْغَائِبُ، أَوْ رَهَنَهُ عِنْدِي، أَوْ غَصَبْتُهُ مِنْهُ، وَأَقَامَ بَيِّنَةً عَلَىٰ ذَلِكَ؛ فَلَا خُصُومَةَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمُدَّعِي، وَكَذَا إِذَا قَالَ: آجَرَنِيهِ وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ؛ لِأَنَّهُ أَثْبَتَ بِبَيِّنَتِهِ أَنَّ يَدَهُ لَيْسَتْ بِيَدِ خُصُومَةٍ.

غاية البيان

فَصْــلٌ
فِيمَنْ لَا يَكُونُ خَصْمًا

لَمَّا ذكرَ أحكامَ مَنْ يَكُونُ خصمًا: شرَعَ فيما لَا يَكُونُ خصمًا، وقدَّمَ الأولَ؛ لأنَّ الكتابَ كتابُ الدعوىٰ، وهيَ عبارةٌ عنِ الخُصُومَةِ، فجَرَّ الكلامُ إلىٰ ذِكْرِ مَن لَا يَكُونُ خصمًا، فذكَرَه بعْدَهُ.

قولُه: (**وَإِنْ قالَ الْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ: هَذَا الشَّيْءُ أَوْدَعَنِيهِ فُلَانٌ الْغَائِبُ، أَوْ رَهَنَهُ عِنْدِي، أَوْ غَصَبْتُهُ مِنْهُ، وَأَقَامَ بَيِّنَةً عَلَىٰ ذَلِكَ؛ فَلَا خُصُومَةَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمُدَّعِي**)، هذه مسألةُ القُدُورِيِّ[1] رحمه الله، وهي تُسمَّىٰ: المسألةُ المُخَمَّسَةُ[2]، وهيَ مِنْ مسائلِ كتابِ الدعوىٰ مِنَ [١٢/١٦٤و/د] «**الأصل**»[3]، دوَّارةٌ في الكتبِ في مواضعَ كثيرةٍ، وسُمِّيَتْ: مُخَمَّسَةٌ؛ لِمَا فيها مِن الخلافِ في مواضعَ خمسةٍ. كذا ذكرَ الشيخُ أبو الْمُعِين في «**شرحِ الجامعِ الكبيرِ**».

هذا الذي ذكرَه القُدُورِيُّ إذا كانَ العينُ قائمًا، أمَّا إذا هلَكَ؛ فلَا تَنْدَفِعُ

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢١٦].

(٢) وهي كما يقول المؤلف فيما بعد: تُسمَّىٰ: مُخَمَّسَةٌ، لِمَا فيها مِن خمسةِ أوْجُهٍ؛ لأنَّ ذا اليدِ قالَ: هذه وَدِيعَةٌ، أوْ عارِيَّةٌ، أوْ إجَارَةٌ، أوْ رَهْنٌ، أوْ غَصْبٌ، أوْ تُسمَّىٰ: مُخَمَّسَةٌ؛ لأنَّ فيها خمسةَ أقاويل لعلمائِنا الثلاثةِ، ولابنِ أبي لَيْلَىٰ، ولابنِ شُبْرُمَةَ، وهما مِن فقهاءِ التابعينَ بالكوفةِ.

(٣) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٨/٤٠٣/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

. . . .

غاية البيان

الخُصُومَةُ بدعوىٰ هذه الأشياءِ.

[٢/٣٥٥و] أَلَا ترىٰ إلىٰ ما ذكرَ في «**الجامعِ**» في بابِ الرَّجُلِ يَكُونُ خصمًا، فيما لوْ هلكَ في[1] يدِه عبْدٌ ماتَ في يدِ إنسان، فادَّعَىٰ إنسانٌ عليْهِ ضَمَانَ العبدِ، فأقامَ ذو اليدِ بَيِّنَةً أَنَّهُ كانَ وَدِيعَةَ فلانٍ ونحوِه؛ لَا تَنْدَفِعُ الخُصُومَةُ عنه؛ لأنَّهُ يَدَّعِي الدَّيْنَ في ذمَّتِه، ويَجُوزُ أنْ يَكُونَ هوَ مُودَعُ الغَاصِبِ، فيَكُونُ ضامنًا.

قالَ الإمامُ العَتَّابِيُّ في «شرحِ الجامعِ الكبيرِ»: «دارٌ أوْ ثوبٌ في يدِ إنسانٍ ادَّعَىٰ رَجُلٌ عليْهِ أنَّها له، فقالَ ذو اليدِ: هوَ لفلانٍ الغائبِ أوْدَعَنِيه، أوْ أعَارَنِيه، أوْ آجَرَه، أوْ رَهَنه مِنِّي، أوْ غصَبْتُه منه؛ فهي خمسةُ أوْجُهٍ، وتُسمَّىٰ مُخَمَّسَةً لهذا».

فإنْ لَمْ تَكُنْ لهُ بَيِّنَةٌ علىٰ ذلكَ؛ لَمْ تَنْدَفِعْ عنْهُ الخُصُومَةُ إلَّا علىٰ قولِ ابنِ أبي لَيْلَىٰ رحمه الله؛ لأنَّهُ مُتَّهمٌ في ذلكَ؛ لدَفْعِ الخُصُومَةِ عنْ نفسِه، فلَا يُسْمَعُ مِنْ غيرِ حُجَّةٍ، وإنْ أقامَ ذو اليدِ بَيِّنَةً علىٰ ذلكَ: فإنْ ذكَرَ الشهودُ اسمَ الغائبِ ونسبَه؛ تُقْبَلُ البَيِّنَةُ علىٰ وصولِ العينِ إليهِ مِنَ الغائبِ، وتَنْدَفِعُ عَنْه الخُصُومَةُ بالإجماعِ إلَّا علىٰ قولِ ابنِ شُبْرُمَةَ.

ولا [٦/١٠٧ظ/م] تُقْبَلُ علىٰ إثباتِ المِلْكِ للغائبِ؛ لأنَّ ذا اليدِ خَصْمٌ فيما يَحْتَاجُ إليهِ لدَفْعِ الخُصُومَةِ، وذلكَ بإثباتِ وصولِ العينِ إليهِ مِنْ جهةِ الغائبِ، أمَّا لَا حاجةَ لهُ في إثباتِ المِلْكِ للغائبِ، فلَمْ يَكُنْ خصمًا عَنْه في إثباتِ المِلْكِ لهُ، ألا ترىٰ أنَّ الشهودَ لوْ قالُوا: إنَّ فلانًا الغائبَ دفعَها إليه، ولا ندْرِي أكانَ مَلَكَه أمْ لا؟ تُقْبَلُ شهادتُهم علىٰ الدفعِ، وتَنْدَفِعُ الخُصُومَةُ عنْ ذي اليدِ.

وقولُ أبي يوسفَ أوَّلًا كقولِ أبي حَنِيفَةَ ومحمدٍ رحمهما الله: إذا أقامَ البَيِّنَةَ أنَّ فلانًا

---

(١) وقع بالأصل: «ما في». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

....

أَوْدَعَه؛ نعْرِفُه باسمِه ووَجْهِه؛ حيثُ تُقْبَلُ الشَّهادَةُ، وتَنْدَفِعُ الخُصُومَةُ. كذا ذكَرَ خُوَاهَر زَادَه رحمه الله في «مبسوطِه»[(١)].

ورُوِيَ عن أبي يوسفَ رحمه الله: أنَّ ذا اليدِ إذا كانَ مشهورًا بالتزويرِ والافتعالِ؛ فالقاضي [١٢/١٦٤ظ/د] لَا يَسْمَعُ هذا الدفعَ منْهُ إذا وقَع عندَه كونه مُتَّهمًا في الدفعِ علىٰ ما عُرِفَ في الدعوىٰ.

معناه: ما قالَ الإمامُ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّين الأَسْبِيْجَابيُّ في «شرحِ الكافي»: أنَّ العادةَ قدْ جرَتْ بأنْ يَدْفَعَ ما في يدِه إلىٰ رَجُلٍ ليُودعَه إيَّاه، ثُمَّ يَغِيبُ فلَا تتوجَّه عليْهِ الخُصُومَةُ، فمتىٰ اتّهمَ؛ لَا تُقْبَلُ بَيِّنَتُه.

فإنْ قالَ الشهودُ: نعْرِفُ فلانًا الغائبَ بوَجْهِه، ولكنْ لَا نعْرِفُ اسمَه ونسبَه، فكذلكَ تَنْدَفِعُ الخُصُومَةُ في قولِ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ؛ لأنَّهُ ثبَتَ وصولُ العين إلىٰ ذي اليدِ مِنْ جهةِ غيرِ المُدَّعِي، فثَبَتَ أنَّ يدَه يدُ غيرِه، وأنَّه ليسَ بخَصْمٍ، وهذا يَكْفِي لدَفْعِ الخُصُومَة، كما لوْ أقرَّ المُدَّعِي بذلكَ؛ تَنْدَفِعُ الخُصُومَةُ، فكذلك هذا.

وعندَ محمدٍ رحمه الله: لَا تُسْمَعُ هذه البَيِّنَةُ ما لَمْ يذكرُوا اسمَ الغائبِ ونسَبَه؛ لأنَّ ذا اليدِ خَصْمٌ باعتبارِ اليدِ، وهوَ يَمْلِكُ نقْلَ الخُصُومَةِ إلىٰ غيرِه، أمَّا لَا يَمْلِكُ إبطالَ الخُصُومَة؛ لأنَّهُ حقُّ المُدَّعِي، ومتىٰ صارَ الغائبُ معروفًا بالاسمِ والنَّسَبِ؛ كانَ نقْلًا، وإذا لَمْ يَصِرْ معروفًا لَا يتَمَكَّن المُدَّعِي مِن الخُصُومَةِ معه، فيَكُونُ إبطالًا لحقِّ المُدَّعِي.

وإنْ قالَ الشهودُ: أوْدَعها رَجُلٌ لَا نعْرِفُ اسمَه، ولا نَعْرِفُه بوَجْهِه، وقالَ ذو اليدِ: أَعْرِفُه بوَجْهِه؛ لَا تَنْدَفِعُ الخُصُومَةُ؛ لأنَّ هذه شَهَادَةٌ للمَجْهُولِ، ولعلَّ المُودَعَ

---

(١) ينظر: «بدائع الصنائع» [٦/٢٣١]، «العناية» [٨/٢٣٩]، «تبيين الحقائق» [٣/٣١٣]، «البحر الرائق» [٧/٢٢٨].

. . . .

هوَ المُدَّعِي، فعلىٰ اعتبارِ كونِ المُدَّعِي هوَ المُودَع؛ لَا تَنْدَفِعُ الخُصُومَةُ، واليدُ [١٢/١٦٥و/د] دليلُ الخُصُومَةِ، فلَا تَنْدَفِعُ الخُصُومَةُ بالشكِّ.

وإنْ قالَ الشهودُ: نَعْرِفُه بوَجْهِه، وقالَ ذو اليدِ: لَا أعرفه بوَجْهِه؛ لَا تُقْبَلُ؛ لأَنَّهم شهدُوا بزيادةٍ علىٰ ما يدَّعِيه ذو اليدِ، فصارَ مُكذِّبًا لهم في بعضِ شهادتِهم.

فإنْ قالَ ذو اليدِ [٦/١٠٨و/م]: **أَعْرِفُه بوَجْهِه**، وشهودُه [٢/٣٥٥ظ] شهدُوا أَنَّهُ أَوْدَعها رَجُل؛ فالقاضي يَسْأَلُ الشهودَ: هلْ تَعْرِفُونَه بوَجْهِه؟ فإنْ قالُوا: نَعَم؛ قُبِلَتْ شهادتُهم وإلَّا فلَا تُقْبَلُ، وإنِ شهدُوا علىٰ المُدَّعِي أَنَّهُ أَقَرَّ أنَّ رَجُلًا دَفَعَ إليهِ؛ تُقْبَلُ وتَنْدَفِع الخُصُومَةُ؛ لأنَّ الثابتَ بِالبَيِّنَةِ كالثابتِ مُعَايَنَةً.

ولوْ أقرَّ المُدَّعِي عندَ القاضي أنَّ رَجُلًا دفعَه إليهِ لَا أَعْرِفُه بوَجْهِه ونَسبه؛ تَنْدَفِعُ الخُصُومَةُ، فكذا هذا، وهذا لأنَّ الشَّهادَةَ حَصَلَتْ بالمعلومِ، وهوَ إِقْرَارُ المُدَّعِي، فتُقْبَل، لكنِ المُقَرُّ لهُ مَجْهُولٌ، وجَهَالَةُ المُقَرِّ لهُ لَا تمْنَعُ صحةَ الإِقْرَار.

فأَمَّا جَهَالَةُ المشهودِ لهُ: تمْنَعُ قبولَ الشَّهادَة، ولوْ لَمْ يَكُنْ لذي اليدِ بَيِّنَةٌ علىٰ الإيداعِ عندَهُ، حتىٰ قضىٰ القاضي بهِ للمُدَّعِي، ثُمَّ وجَدَ ذو اليدِ بَيِّنَةً علىٰ الإيداعِ؛ لَا تُسْمَعُ، والقَضَاءُ للمُدَّعِي ماضٍ، وهذا بخلافِ ما إذا أقامَ الخارجُ البَيِّنَةَ علىٰ النِّتَاجِ، أوْ علىٰ المِلْكِ المُطْلَقِ علىٰ ذي اليدِ، وقضىٰ القاضي بهِ، ثُمَّ أقامَ ذو اليدِ البَيِّنَةَ علىٰ النِّتَاجِ، حيثُ يَبْطُلُ القَضَاءُ للخارجِ؛ لأَنَّهُ ظهَرَ بهِ بطلانُ القَضَاءِ.

ولوْ [١٢/١٦٥ظ/د] **قالَ المُدَّعِي**: هذه الدَّارُ كانَتْ دارَ فلانٍ الغائبِ، اشتريتُها منْهُ وقبَضتُها منْهُ، ونقدْتُ الثَّمَنَ، وقالَ ذو اليدِ: فلانٌ ذلكَ أوْدَعها عندي، وأنكَرَ شراءَه، فلَا خُصُومَةَ بينهما؛ لأَنَّهما اتفقا أَنَّها مِلْكُ الغائبِ وصلَتْ إليهِ مِنْ جهتِه، وأنه ليسَ بخَصْمٍ.

....

قالَ في «الجامع»: ولوْ أنَّ المُدَّعِي ادَّعَىٰ علىٰ ذي اليدِ أنَّ ذا اليدِ غصَبَها منه، أوْ أوْدَعَها، أوْ أعارَها إيَّاهُ، أوْ آجَرها، أوْ رَهنَها وقبَضَها، وأقامَ ذو اليدِ بَيِّنَةً أنَّها وَدِيعَةُ فلان؛ لَا تَنْدَفِعُ الخُصُومَةُ؛ لأنَّهُ يَدَّعِي عليْهِ الفعلَ، وبأنْ تَكُونُ يدُه يدَ الغيرِ، أوْ لَا يَكُونُ في يدِه، لَا يتَبَيَّنُ أنَّ الفعلَ لَمْ يُوجَدْ منهُ، فإذا أنكرَ ما يُدَّعَىٰ عليه؛ صارَ بمنزلةِ دعوىٰ الغَصْبِ عليه، ثُمَّ في كلِّ موضعٍ صارَ ذو اليدِ خصمًا، وقُضِيَ بالعينِ للمُدَّعِي، ثُمَّ حضرَ المُقَرُّ له، وأقامَ البَيِّنَةَ علىٰ المُدَّعِي أنَّ العينَ لهُ؛ تُقْبَلُ بَيِّنَتُه؛ لأنَّهُ لَمْ يَصِرْ مقْضِيًّا عليْهِ بالقضاءِ علىٰ ذي اليدِ؛ لأنَّ ذا اليدِ لَمْ يتلَقَّ المِلْكَ مِن جهتِه، ولَمْ يَثْبُتْ كونُه مُودَع فلانٍ، حتىٰ تَكُونَ يدُه كيدِ المُقَرِّ لهُ، فكانَ المُقَرُّ لهُ وأجنبيٌّ آخرُ سواءً.

ولوْ أنَّ المُدَّعِيَ ادَّعَىٰ الشِّرَاءَ مِنْ ذي اليدِ، وأقامَ ذو اليدِ بَيِّنَةً أنَّها وَدِيعَةُ فلانٍ؛ لَا تَنْدَفِعُ الخُصُومَةُ؛ لأنَّهُ يَدَّعِي عليْهِ البَيْعَ، وحُكِيَ عنِ القضاةِ الثلاثةِ وهُمْ: القاضي أبو الهَيْثَمِ[1]، والقاضي أبو سعيدٍ البَرْذَعِيُّ[2] [٦/١٠٨ظ/م]، والقاضي أبو خَازِمٍ[3] [١٢/١٦٦و/د]: أنَّ تأويلَ المسألةِ إذا لَمْ يَذْكُرِ الشهودُ قبْضَ المَبِيعَ؛ لأنَّهُ حينئذٍ يَدَّعِي عليْهِ التَّسْلِيمَ، أمَّا إذا ذكرُوا القَبْضَ والتَّسْلِيمَ؛ كانَ بمنزلةِ ما إذا شهدوا بِالمِلْكِ المُطْلَقِ؛ فتَنْدَفِعُ الخُصُومَةُ.

وقالَ غيرُهم: لَا تَنْدَفِعُ الخُصُومَةُ وإنْ ذكرُوا القَبْضَ؛ لأنَّ دعوىٰ الشِّرَاء مُعْتَبَرٌ في أنَّ القاضيَ لَا يَقْضِي بالزوائدِ المنفصلةِ، ولَا يَرْجِعُ الباعةُ بعضُهم علىٰ بعضٍ، وكذا إذا ادَّعَىٰ المُدَّعِي أنَّ ذا اليدِ وَهَبها، أوْ تصَدَّق بها علىٰ المُدَّعِي وقبَضَها منه،

---

(١) أبو الهَيْثَم: هو عتبة بن خثيمة بن محمد بن حاتم النيسابوريّ الإمام القاضي. وقد تقدَّمَتْ ترجمته.

(٢) أبو سعيد البَرْذَعِيُّ: أحمد بن الحسين الفقيه المروَزِيّ. وقد تقدَّمَتْ ترجمته.

(٣) أبو خَازِم: هو عبد الحميد بن عبد العزيز القاضي الحنفيّ الفقيه. وقد تقدَّمَتْ ترجمته.

وَقَالَ ابْنُ شُبْرُمَةَ: لَا تَنْدَفِعُ الْخُصُومَةُ؛ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ إِثْبَاتُ الْمِلْكِ لِلْغَائِبِ لِعَدَمِ الْخَصْمِ عَنْهُ، وَدَفْعُ الْخُصُومَةِ [٧٤/ظ] بِنَاءً عَلَيْهِ.

قُلْنَا: مُقْتَضَى الْبَيِّنَةِ شَيْئَانِ ثُبُوتُ الْمِلْكِ لِلْغَائِبِ وَلَا خَصْمَ فِيهِ فَلَمْ يَثْبُتْ، وَدَفْعُ خُصُومَةِ الْمُدَّعِي وَهُوَ خَصْمٌ فِيهِ فَيَثْبُتُ، وَهُوَ كَالْوَكِيلِ بِنَقْلِ الْمَرْأَةِ وَإِقَامَتِهَا الْبَيِّنَةَ عَلَى الطَّلَاقِ كَمَا بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ.

وَلَا تَنْدَفِعُ الخُصُومَةُ بِدُونِ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ كَمَا قَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى؛ لِأَنَّهُ صَارَ خَصْمًا بِظَاهِرِ يَدِهِ، فَهُوَ بِإِقْرَارِهِ يُرِيدُ أَنْ يُحَوِّلَ حَقًّا مُسْتَحَقًّا عَلَى نَفْسِهِ فَلَا يُصَدَّقُ

غاية البيان

أَوْ آجَرَها، أَوْ رَهَنَها منه وَقَبَضَها.

وعنِ القضاةِ الثلاثةِ: أنَّ هذا الجوابَ مستقيمٌ في الرَّهْنِ والإِجَارَةِ معَ القَبْضِ؛ لأنَّ دوامَ القَبْضِ فيهما مِنْ حقوقِهما، فلَا تَنْدَفِعُ الخُصُومَةُ بهِ.

أمَّا في الهِبَةِ والصَّدَقَةِ معَ القَبْضِ كانَ ـ كدعوى المِلْكِ المُطْلَقِ ـ: فتَنْدَفِعُ الخُصُومَةُ، وقالَ غيرُهم: دعوى الهِبَةِ والصَّدَقَةِ مُعْتَبَرَةٌ لِمَا ذَكَرْنا مِنَ الفائدةِ. كذا ذكَرَ الإمامُ العَتَّابِيُّ في «شرْحِ الجامعِ الكبيرِ».

قولُه: (لِعَدَمِ الْخَصْمِ عَنْهُ)، أي: عنِ الغائبِ؛ لأنَّ الغائبَ لَمْ يُوَكِّلْه بإثباتِ المِلْكِ لهُ، وإذا لَمْ تُقْبَلْ هذه البَيِّنَةُ، فكأنَّه لَمْ يُقِمِ البَيِّنَةَ.

قولُه: (كَمَا بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ)، أي: في بابِ الوَكَالَة بالخُصُومَةِ والقَبْضِ. يَعْنِي: أنَّ بَيِّنَةَ المرأةِ على الطلقاتِ الثلاثِ تُقْبَلُ في حقِّ قِصَرِ يدِ الوَكِيل على نَقْلِها، لَا في حقِّ الطَّلَاقِ.

قولُه: (وَلَا تَنْدَفِع الخُصُومَةُ بِدُونِ إِقَامَةِ [٣٥٦/٢و] الْبَيِّنَةِ كَمَا قَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى)، يَعْنِي: عند ابنِ أبي لَيْلَى: تَنْدَفِعُ الخُصُومَةُ بمجردِ إِقْرَارِ ذي اليدِ أنَّهُ لفلانٍ

إِلَّا بِالْحُجَّةِ، كَمَا إِذَا ادَّعَىٰ تَحَوُّلَ الدَّيْنِ مِنْ ذِمَّتِهِ إِلَىٰ ذِمَّةِ غَيْرِهِ.

وقالَ أَبُو يُوسُفَ: إنْ كانَ الرَّجُلُ صَالِحًا؛ فَالْجَوَابُ كَمَا قُلْنَاهُ، وَإِنْ كَانَ مَعْرُوفًا بِالْحِيَلِ لَا تَنْدَفِعُ عَنْهُ الْخُصُومَةُ؛ لِأَنَّ الْمُحْتَالَ مِنَ النَّاسِ قَدْ يَدْفَعُ مَالَهُ إِلَىٰ مُسَافِرٍ يُودِعُهُ إِيَّاهُ وَيُشْهِدُ عَلَيْهِ الشُّهُودَ فَيَحْتَالُ لِإِبْطَالِ حَقِّ غَيْرِهِ، فَإِذَا اتَّهَمَهُ الْقَاضِي بِهِ لَا يَقْبَلُهُ.

﴿ غاية البيان ﴾

الغائبِ [١٢/١٦٦ظ/د] أَوْدَعَه إيَّاه، أَوْ آجَرَه، أَوْ غصبَ منه.

وَجْهُ قولِه: أنَّ الثابتَ بالإقرارِ إذا صحَّ الإِقْرَارُ، كالثابتِ مُعَايَنَةً، أَوْ كالثابتِ بِالبَيِّنَةِ، ولوْ ثبَتَ ما ادَّعَىٰ مُعَايَنَةً، فإنْ عايَنَ القاضي أنَّ فلانًا الغائبَ أَوْدَعَه هذا المالَ، وأقامَ البَيِّنَةَ علىٰ ما ادَّعَىٰ مِن الإيداعِ؛ اندفعتِ الخُصُومَةُ عنْهُ، فكذا إذا أَقَرَّ وصحَّ إقرارُه؛ لأنَّ اليدَ لهُ، والإِقْرَارُ مِن ذي اليدِ صحيحٌ، والدليلُ عليه: ما لوْ كانَ المُقَرُّ لهُ حاضرًا فصدَّقَه؛ اندفعَتِ الخُصُومَةُ عنه، كما لوْ ثبَتَ الإيداعُ بِالبَيِّنَةِ أَوْ بالمعاينةِ.

قولُه: (**وقالَ أبو يوسفَ** رحمه الله: **إنْ كانَ الرَّجُلُ صَالِحًا؛ فَالْجَوَابُ كَمَا قُلْنَاهُ**)[1]، أي: تَنْدَفِعُ الخُصُومَةُ بإقامةِ البَيِّنَةِ، وإنْ كانَ معروفًا بالحِيَلِ: لَا تَنْدَفِعُ عَنْه الخُصُومَةُ، يَعْنِي: وإنْ أقامَ البَيِّنَةَ علىٰ أَنَّهُ وَدِيعَةٌ؛ لأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أنْ يأْخُذَ زيدٌ مالَ [٦/١٠٩و/م] آخرَ ويَدْفَعُه إلىٰ عَمْرٍو، ثُمَّ يَدْفَعُه إلىٰ زيدٍ عندَ الشهودِ ويَقُولُ: إنَّهُ وَدِيعَةٌ، ثُمَّ إذا ادَّعاه إنسانٌ علىٰ ذي اليدِ، فأقامَ البَيِّنَةَ علىٰ أَنَّهُ وَدِيعَةٌ؛ لَا تُقْبَلُ هذه البَيِّنَةُ؛ دفْعًا للتزويرِ والحِيَلِ.

قالَ شيخُ الإسلامِ خُوَاهَر زاده رحمه الله في «**مبسوطِهِ**»: «ما ذهبَ إليهِ أبو يوسفَ: استحسانٌ، ذهبَ إليه[2] بعْدَما ابْتُلِيَ بالقضاءِ [١٢/١٦٧و/د]؛ لأنَّهُ مارَسَ القَضَاءَ فوقَفَ

(١) ينظر: «تبيين الحقائق» [٣/٣١٣]، «العناية» [٨/٢٤٠].

(٢) وقع بالأصل: «ذهب به». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

وَلَوْ قالَ الشُّهُودُ: **أَوْدَعَهُ رَجُلٌ لَا نَعْرِفُهُ، لَا تَنْدَفِعُ الخُصُومَةُ**؛ لاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ الْمُودِعُ هُوَ هَذَا الْمُدَّعِي، وَلِأَنَّهُ مَا أَحَالَهُ إِلَىٰ مُعَيَّنٍ يُمْكِنُ الْمُدَّعِي اتِّبَاعُهُ، فَلَوِ انْدَفَعَتْ لَتَضَرَّرَ بِهِ الْمُدَّعِي، **وَلَوْ قَالُوا: نَعْرِفُهُ بوَجْهِه، وَلَا نَعْرِفُهُ باسْمِهِ وَنَسَبِهِ؛ فَكَذَا الْجَوَابُ عندَ مُحَمَّدٍ لِلْوَجْهِ الثَّانِي**، وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ تَنْدَفِعُ؛ لِأَنَّهُ أَثْبَتَ بِبَيِّنَتِهِ أَنَّ الْعَيْنَ وَصَلَ إِلَيْهِ مِنْ جِهَةِ غَيْرِهِ حَيْثُ عَرَفَهُ الشُّهُودُ بِوَجْهِهِ، بِخِلَافِ الْفَصْلِ الْأَوَّلِ؛ فَلَمْ يَكُنْ يَدُهُ يَدَ خُصُومَةٍ وَهُوَ الْمَقْصُودُ، وَالْمُدَّعِي هُوَ الَّذِي أَضَرَّ بِنَفْسِهِ حَيْثُ نسي خَصْمَهُ أَوْ ضَرَّهُ شُهُودُهُ، **وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ مُخَمَّسَةُ كِتَابِ الدَّعْوَىٰ** وَقَدْ ذَكَرْنَا الْأَقْوَالَ الْخَمْسَةَ.

غاية البيان

علىٰ أحوالِ الناسِ ما لَمْ يَعْرِفْهُ غيرُه، وما قالا: قياسٌ؛ لأنَّ البيناتِ حُجَجٌ متىٰ قامَتْ يَجِبُ العملُ بها، ولا يَجُوزُ تعطِيلُها بمجردِ الوهمِ».

وأنا أقولُ: لَا تَنْدَفِعُ الخُصُومَةُ بإقامةِ البَيِّنَةِ علىٰ الوَدِيعَةِ ونحوِها، وإنْ لَمْ يُعْرَفُ الرَّجُلُ بالحِيَلِ؛ لفسادِ زمانِنا وغلَبةِ التزويرِ فيه، والغالبُ كالمتحَقِّقِ.

قولُه: (وَلَوْ قالَ الشُّهُودُ: أَوْدَعَهُ رَجُلٌ لَا نَعْرِفُهُ، لَا تَنْدَفِعِ الخُصُومَةُ)، أي: لَا نَعْرِفُه أصلًا، لَا باسمِه، ونسبِه، ولا بوَجْهِه، وفي المسألةِ الأُولىٰ: عرَفُوه بوَجْهِه، واسمِه، ونسبِه.

قولُه: (وَلَوْ قَالُوا: نَعْرِفُهُ بوَجْهِه، وَلَا نَعْرِفُهُ بِاسْمِهِ وَنَسَبِهِ؛ فَكَذَا الْجَوَابُ عندَ محمدٍ رحمه الله **لِلْوَجْهِ الثَّانِي)**، أي: لَا تَنْدَفِعُ الخُصُومَةُ؛ لأنَّهُ ما أحالَه إلىٰ مُعَيَّنٍ يُمْكِنُ المُدَّعِي اتباعه.

قولُه: (وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ مُخَمَّسَةُ كِتَابِ الدَّعْوَىٰ)، أي: هذه المسألةُ مِن مسائلِ كتابِ الدعوىٰ مِنَ «**الأصلِ**»، تُسمَّىٰ: مُخَمَّسَةٌ، لِمَا فيها مِن خمسةِ أوْجُهٍ؛ لأنَّ ذا اليدِ قالَ: هذه وَدِيعَةٌ، أوْ عَارِيَّةٌ، أوْ إجَارَةٌ، أوْ رَهْنٌ، أوْ غَصْبٌ، أوْ تُسمَّىٰ:

وَإِنْ قَالَ: ابْتَعْتُهُ مِنَ الْغَائِبِ؛ فَهُوَ خَصْمٌ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا زَعَمَ أَنْ يَدَهُ يَدَ مِلْكٍ اعْتَرَفَ بِكَوْنِهِ خَصْمًا، وَإِنْ قالَ الْمُدَّعِي: غَصَبْتَهُ مِنِّي، أَوْ سَرَقْتَهُ مِنِّي؛ لَا تَنْدَفِعُ الْخُصُومَةُ، وَإِنْ أقامَ ذو الْيَدِ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْوَدِيعَةِ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا صَارَ خَصْمًا بِدَعْوَى

مُخَمَّسَةٌ؛ لأنَّ فيها خمسةَ أقاويل لعلمائِنا الثلاثةِ [١٢/١٦٧ظ/د]، ولابنِ أبي لَيْلَى، ولابنِ شُبْرُمَةَ، وهما مِن فقهاءِ التابعينَ بالكوفةِ.

وُلِدَ عبدُ الله بنُ شُبْرُمَةَ سَنَةَ اثنتين وسبعين مِنَ الهجرةِ، وماتَ سنةَ أربعٍ وأربعينَ ومئةٍ.

ومحمدُ بنُ عبدِ الرَّحمنِ بنِ أبي لَيْلَى قاضي الكوفةِ، وُلِدَ سَنَةَ أربعٍ وسبعينَ [من الهجرةِ][١]، وماتَ سَنَةَ ثمانٍ وأربعينَ ومئةٍ. كذا في كتابِ «**طبقات الفقهاء**»[٢] رَحِمَهُمُ اللهُ تَعَالَى.

قولُه: (وَإِنْ قَالَ: ابْتَعْتُهُ مِنَ الْغَائِبِ؛ فَهُوَ خَصْمٌ)، هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «**مختصرِه**»[٣]، إذا ادَّعَى على ذي اليدِ عيْنًا، فقالَ ذو اليدِ: اشتريتُها مِنَ الغائبِ؛ لَا تَنْدَفِعُ الخُصُومَةُ؛ لأنَّ هذا القولَ يتَضَمَّنُ المِلْكَ، واليدُ لهُ في الحالِ دونَ الغائبِ.

غايةُ ما في البابِ: أنَّ ذلكَ كانَ للغائبِ قبْلَ هذا، فلَا يخْرُجُ بذلكَ عنِ الخُصُومَةِ، كما لِو ادَّعَى ذو اليدِ المِلْكَ مطلقًا.

قولُه: (وَإِنْ قالَ الْمُدَّعِي: غَصَبْتَهُ مِنِّي، أَوْ سَرَقْتَهُ مِنِّي؛ لَا تَنْدَفِع الْخُصُومَةُ وَإِنْ أقامَ ذو اليدِ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْوَدِيعَةِ)، وهذه [٦/١٠٩ظ/م] ذُكِرَتْ في بعضِ نُسَخِ «**المختصرِ**»، ولَمْ تُذْكَرْ في «**البدايةِ**» و«**النافعِ**» [٢/٣٥٦ظ]، وهي مذكورةٌ في «**الجامعِ الكبيرِ**»، وقد مرَّتْ.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «غ».

(٢) ينظر: «طبقات الفقهاء» لأبي إسحاق الشيرازي [ص/٨٤].

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢١٦].

الْفِعْلِ عَلَيْهِ لَا بِيَدِهِ، بِخِلَافِ دَعْوَىٰ الْمِلْكِ الْمُطْلَقِ؛ لِأَنَّهُ خَصْمٌ فِيهِ بِاعْتِبَارِ يَدِهِ حَتَّىٰ لَا يَصِحَّ دَعْوَاهُ عَلَىٰ غَيْرِ ذِي الْيَدِ وَيَصِحَّ دَعْوَىٰ الْفِعْلِ.

وَإِنْ قَالَ الْمُدَّعِي: سُرِقَ مِنِّي، وقَالَ صَاحِبُ الْيَدِ: أَوْدَعَنِيهِ فُلَانٌ، وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ؛ لَمْ تَنْدَفِعِ الْخُصُومَةُ وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وأبي يُوسُفَ وَهُوَ اسْتِحْسَانٌ،

غاية البيان

اعلمْ: أنَّ المُدَّعِيَ إذا ادَّعَىٰ فعْلًا علىٰ ذي اليدِ، وقالَ: الدَّارُ دارِي أَوْدَعْتُها عندكَ، أو استأجرتَها منِّي، أو ارتهَنْتَها، أوْ غَصَبْتَها منِّي، وقالَ الذي في يديْه الدَّارُ: إنَّها لفلانٍ الغائبِ أَوْدَعَنِيها، أوْ غَصَبْتُها منه وغير ذلك، وأقامَ علىٰ ذلك البَيِّنَةَ؛ فإنَّ الخُصُومَةَ لَا تَنْدَفِعُ عنه.

والفرْقُ بينَ ما إذا ادَّعَىٰ المِلْكَ مطْلقًا، أو ادَّعَىٰ الفعلَ: أنَّ في الفصلِ الأولِ انتصَبَ ذو اليدِ خصمًا بيدِه؛ بدليلِ أنَّهُ لوْ لَمْ يَكُنْ في يدِه؛ لَمْ يَكُنْ خصمًا؛ لأنَّ دعوىٰ المِلْكِ [١٢/١٦٨و/د] لَا تَصِحُّ علىٰ غيرِ ذي اليدِ.

فإذا ثبَتَ أنَّ يدَهُ يدُ غيرِه؛ كانَ الخَصْمُ ذلكَ الغيرَ، وفي هذه المسألةِ انتصَبَ خصمًا بفِعْلِه؛ بدليلِ أنَّ الخُصُومَةَ متوجِّهةٌ عليْه بدونِ ثبوتِ يدِه؛ لأنَّ دعوىٰ الفعلِ تُسْمَعُ علىٰ غيرِ ذلك اليدِ، وبهذه البَيِّنَةِ لَا يَظْهَرُ أنَّ الفعلَ لَمْ يَكُنْ صدَرَ منه.

يُحَقِّقُه: أنَّ الثابتَ بِالبَيِّنَةِ كالثابتِ بالمُعايَنةِ، ولوْ سُمِعَ منْهُ أنَّهُ غَصَبَ هذه الدَّارَ، أو ارتَهَنَها مِنْ فلانٍ، أوِ استوْدَعَها عندَه، ثُمَّ ادَّعَىٰ أنَّهُ لفلانٍ إنسانٍ آخرَ آجرَها منه، أوْ أَوْدَعَها إيَّاه؛ لَا يُسْمَعُ قولُه، وعُدَّ مُناقضًا، فكذا هذا. كذا ذَكَرَ الشيخُ أبو الْمُعِينِ النَّسَفِيُّ في «**شرْحِ الجامعِ الكبيرِ**».

قولُه: (وَإِنْ قالَ الْمُدَّعِي: سُرِقَ مِنِّي، وقالَ صَاحِبُ الْيَدِ: أَوْدَعَنِيهِ فُلَانٌ، وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ؛ لَمْ تَنْدَفِعِ الْخُصُومَةُ)، وهيَ منْ مسائلِ القُدُورِيِّ[1]، وهذا قولُ

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢١٦].

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: تَنْدَفِعُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَدَّعِ [٧٥/و] الْفِعْلَ عَلَيْهِ فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ: غُصِبَتُ(١) مِنِّي عَلَىٰ مَا لَمْ يُسَمَّ فَاعِلُهُ.

وَلَهُمَا: أَنَّ ذِكْرَ الْفِعْلِ يَسْتَدْعِي الْفَاعِلَ لَا مَحَالَةَ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ هُوَ الَّذِي فِي يَدِهِ، إِلَّا أَنَّهُ لَمْ يُعَيِّنْهُ دَرْأً لِلْحَدِّ عَنْهُ؛ شَفَقَةً عَلَيْهِ وَإِقَامَةً لِحِسْبَةِ السِّرِّ، فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ: سُرِقْتُ، بِخِلَافِ الْغَصْبِ؛ لِأَنَّهُ لَا حَدَّ فِيهِ فَلَا يُحْتَرَزُ عَنْ كَشْفِهِ.

وَإِنْ قالَ الْمُدَّعِي: ابْتَعْتُهُ مِنْ فُلَانٍ، وقالَ صَاحِبُ الْيَدِ: أَوْدَعَنِيهِ فُلَانٌ

غاية البيان

أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ رضي الله عنهما.

وقالَ محمدٌ رضي الله عنه: يَنْدَفِعُ، وهوَ القياسُ(٢). كذا في «**شرحِ الأقطعِ**».

وَجْهُ قولِ محمدٍ: أَنَّ التجهيلَ أَفْسَدَ دعوىٰ السَّرِقَة، فبَقِيَ دعوىٰ المِلْكِ؛ فتَنْدَفِعُ الخُصُومَةُ بإثباتِ الوَدِيعَةِ، كما لوْ جهلَ الغَصبَ وقالَ: غَصَبَ منِّي، علىٰ ما لَمْ يُسَمَّ فاعلُه، وأقامَ ذو اليدِ البَيِّنَةَ علىٰ الوَدِيعَةِ مِنْ آخرَ؛ تَنْدَفِعُ الخُصُومَةُ، [١٢/١٦٨ظ/د] فكذا هذا.

ووَجْهُ قولِهما: أَنَّ المَقْصُودَ مِنَ التجهيلِ أَلَّا يَجِبَ القطعُ علىٰ المُدَّعَىٰ عليه، فصارَ كما لوِ ادَّعَىٰ عليْهِ السَّرِقَةَ، فلَا تَنْدَفِعُ الخُصُومَةُ، بخلافِ الغَصْبِ؛ فإنَّه غيرُ معذورٍ في التجهيلِ. كذا في «**إشاراتِ الأسرارِ**».

قولُه: (وَإِنْ قالَ الْمُدَّعِي: ابْتَعْتُهُ مِنْ فُلَانٍ، وقالَ صَاحِبُ الْيَدِ: أَوْدَعَنِيهِ فُلَانٌ

---

(١) فِي حاشية الْأَصْل: «خ: غصب».

(٢) قال الأَسْبِيجَابِيُّ: والصحيح الاستحسان، وعليه اعتمد الأئمة المصححون. ينظر: «بدائع الصنائع» [٦/٢٣١]، «العناية» [٨/٢٤٣]، «تبيين الحقائق» [٣/٣١٥]، «البحر الرائق» [٧/٢٣٢]، «الجوهرة النيرة» [٢/٢١٦]، «اللباب في شرح الكتاب» [٤/٣٩].

ذَلِكَ ؛ أَسْقَطَ الْخُصُومَةَ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ ؛ لِأَنَّهُمَا تَوَافَقَا عَلَىٰ أَنْ أَصْلَ الْمِلْكِ فِيهِ لِغَيْرِهِ ؛ فَيَكُونُ وُصُولُهَا إِلَىٰ يَدِ ذِي الْيَدِ مِنْ جِهَتِهِ ، فَلَمْ يَكُنْ يَدُهُ يَدَ خُصُومَةٍ إِلَّا أَنْ يُقِيمَ الْبَيِّنَةَ أَنَّ فُلَانًا وَكَّلَهُ بِقَبْضِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَثْبَتَ بِبَيِّنَتِهِ كَوْنَهُ أَحَقَّ بِإِمْسَاكِهَا .

غاية البيان

ذَلِكَ ؛ أَسْقَطَ الْخُصُومَةَ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ) ، هذا لفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصرِهِ»[1] ، وذلك لأنهما توافَقَا علىٰ وصولِ العيْنِ إلىٰ يدِه مِنْ غيرِه ، وليسَ بوكيلٍ في الخُصُومَةِ ، وإنما هوَ وَكِيلٌ في الحِفْظِ علىٰ قولِه [٦/١١٠و/م] ، فلَا يَكُونُ بينهما خُصُومَةٌ ، إلَّا إذا أقامَ المُدَّعِي البَيِّنَةَ أنَّ فلانًا وكَّلَه بقَبْضِها ، وكانَ أحقَّ بإمساكِها .

واللهُ أعلمُ بالصوابِ .

(١) ينظر: المصدر السابق.

بَابُ
مَا يَدَّعِيهِ الرَّجُلَانِ

قَالَ: وَإِذَا ادَّعَىٰ اثْنَانِ عَيْنًا فِي يدِ آخَرَ، كلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَزْعُمُ أنَّها لَهُ، وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ؛ قُضِيَ بِهَا بَيْنَهُمَا.

غاية البيان

بَابُ
مَا يَدَّعِيهِ الرَّجُلَانِ

لَمَّا ذكَرَ فيما تقَدَّمَ دعوىٰ الواحدِ: شَرَع في دعوىٰ الاثنين؛ لأنَّ المثنَّىٰ بعدَ الواحدِ.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا ادَّعَىٰ اثْنَانِ عَيْنًا في يدِ آخَرَ، كلّ واحدٍ مِنْهُمَا يَزْعُمُ أنَّها لَهُ، وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ؛ قُضِيَ بِهَا بَيْنَهُمَا)(١)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصرِه»(٢).

وقالَ الشَّافِعِيُّ رضي الله عنه في قولٍ: تَتَهَاتَر البيِّنَتانِ، ويَجِبُ القِسْمَةُ بينهما علىٰ قولٍ، ويُقْرَعُ بينهما علىٰ قولٍ، فيُسَلَّمُ لمَنْ خرجَتْ قُرْعتُه، ويتوَقَّفُ إلىٰ الصُّلْحِ علىٰ قولٍ [١٢/١٦٩و/د]. كذا في «وجيزِهم»(٣).

قالَ شيخُ الإسلامِ خُوَاهَر زَادَه في «مبسوطِهِ»: «وكذلكَ علىٰ هذا الخلافِ: خارجانِ ادَّعَيَا نتاجَ دَابَّةٍ، وأقاما البَيِّنَةَ جميعًا، وكذلك إذا ادَّعَيَا الشِّرَاءَ مِنْ واحدٍ، وأقاما جميعًا البَيِّنَةَ، والدَّارُ في يدِ ثالثٍ، ولَمْ يُعْرَفْ سَبْقُ أحدِهما».

وَجْهُ قولِه في التَّهَاتُرِ: أنَّ القاضيَ تيَقَّنَ بكذبِ إحدىٰ البيِّنَتَيْنِ، فلَمْ يُمْكِنْه

(١) ينظر: «الفقه النافع» [٣/١١٩٣]، «بدائع الصنائع» [٥/٣٥٤]، «الجوهرة النيرة» [٢/٢٧٥]، «الفتاوىٰ الهندية» [٤/٨٠].
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢١٦].
(٣) ينظر: «الوجيز/ مع العزيز شرح الوجيز» للغزالي [١٣/٢١٨].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ﷺ فِي قَوْلٍ: تَهَاتَرَتَا، وَفِي قَوْلٍ: يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا؛ لِأَنَّ إِحْدَىٰ الْبَيِّنَتَيْنِ كَاذِبَةٌ بِيَقِينٍ لِاسْتِحَالَةِ اجْتِمَاعِ الْمِلْكَيْنِ فِي الْكُلِّ فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ، وَقَدْ تَعَذَّرَ التَّمْيِيزُ فَتَتَهَاتَرَانِ أَوْ يُصَارُ إِلَىٰ الْقُرْعَةِ؛ لِأَنَّ عليه السلام أَقْرَعَ فِيهِ، وقَالَ: «اللهُمَّ أَنْتَ الْحُكْمُ بَيْنَهُمَا».

غاية البيان

تعيينُ الصادقةِ مِنَ الكاذبةِ؛ فيتهاترانِ جميعًا [٣٥٧/٢و]، كما لوْ شَهِدَ اثنانِ أنَّهُ أعتقَ عبْدَه يومَ النَّحْرِ بمكَّةَ، وشهِدَ آخرانِ أنَّهُ طَلَّق امرأتَه يومَ النَّحْرِ بكوفةٍ؛ فإنه تَتَهَاتَرُ البيِّنتانِ جميعًا، وكما لوِ ادَّعَيَا نِكَاحَ امرأةٍ جميعًا، وأقاما جميعًا البَيِّنَةَ، ولا يدَ لأحدِهما؛ فإنه تَتَهَاتَرُ البيِّنتانِ.

ووَجْهُ قولِه في القُرْعَةِ: أنَّ سعيدَ بنَ المُسَيِّبِ رَوَىٰ: «أَنَّ رَجُلَانِ اخْتَصَمَا إِلَىٰ رَسُولِ اللهِ ﷺ فِي شَيْءٍ، فَأَقَامَ كلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا البَيِّنَةَ؛ فَأَقْرَعَ بَيْنَهُمَا»[1].

ولنا: ما رَوَىٰ أصحابُنا في «**المبسوطِ**»: عَنْ سِمَاكِ بْنِ حَرْبٍ، عَنْ تَمِيمِ بْنِ طَرَفَةَ رضي الله عنه: أَنَّ رَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا إِلَىٰ رَسُولِ اللهِ ﷺ فِي بَعِيرٍ، فَأَقَامَ كلّ واحدٍ [١٦٩/١٢ظ/د] مِنْهُمَا شَاهِدَيْنِ أَنَّهُ بَعِيرُهُ، فَقَسَمَ النَّبِيُّ ﷺ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ»[2].

(١) أخرجه: أبو داود في «المراسيل» [ص/٢٨٨]، والبيهقي في «السنن الكبرىٰ» [٢٥٩/١٠]، وفي «معرفة السنن والآثار» [٣٥٧/١٤]، من طريق ابْنَ الْمُسَيِّبِ بلفظ: «اخْتَصَمَ رَجُلَانِ إِلَىٰ رَسُولِ اللهِ ﷺ فِي شَيْءٍ، فَجَاءَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِشُهَدَاءَ عُدُولٍ عَلَىٰ عِدَّةٍ وَاحِدَةٍ، فَسَهَمَ بَيْنَهُمَا رَسُولُ اللهِ ﷺ وَقَالَ: «**اللَّهُمَّ أَنْتَ تَقْضِي بَيْنَهُمَا**». لفْظ أبي داود.

قال ابنُ كثير: «رواهُ أبو داودَ في المراسيل، وهو صحيحٌ عنه». ينظر: «إرشاد الفقيه إلىٰ معرفة أدلة التنبيه» لابن كثير [١١٢/٣].

(٢) أخرجه: عبد الرزاق في «مصنفه» [رقم/١٥٢٠٢، ١٥٢٠٣]، وابن أبي شيبة [رقم/٢١١٥٧، ٢٩٠٤٧]، والطحاوي في «بيان مشكل الآثار» [٢٠٦/١٢]، والطبراني في «المعجم الكبير» [٢٠٤/٢]، والبيهقي في «السنن الكبرىٰ» [٢٥٨/١٠]، وفي «معرفة السنن والآثار» [٣٥٥/١٤]، من طريق سِمَاك بْن حَرْبٍ عَنْ تَمِيمِ بْنِ طَرَفَةَ به نحوه.

قال البيهقيُّ: «هذا منقطع. قال الشافعي ﷺ في «كتاب القديم»: تميم رجل مجهول، والمجهولُ=

وَلَنَا: حَدِيثُ تَمِيمِ بْنِ طَرَفَةَ: أَنَّ رَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا إِلَى رَسُولِ اللهِ ﷺ فِي نَاقَةٍ، وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْبَيِّنَةَ، فَقَضَى بِهَا بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ. وحَدِيثُ الْقُرْعَةِ كَانَ فِي الِابْتِدَاءِ ثُمَّ نُسِخَ، ولأَنَّ الْمُطْلَقَ لِلشَّهَادَةِ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا

غاية البيان

ورُوِيَ عن أَبِي الدَّرْدَاء رضي الله عنه مِثْلُ مذهبنا: أَنَّهُ قضَى في مِثْلِ هذا نصفَيْنِ[1]. كذا ذكَرَ شيخُ الإسلامِ خُوَاهَر زَادَه رحمه الله.

وقالَ الخَصَّافُ في «أدب القاضي»[2]: حَدَّثَنَا عَبْدُ اللهِ بْنُ مُحَمَّدٍ، قَالَ: حَدَّثَنَا أَبُو مُعَاوِيَةَ، عَنْ حَجَّاجِ بْنِ أَرْطَاةَ، عَنْ سِمَاكِ بْنِ حَرْبٍ، عَنْ تَمِيمِ بْنِ طَرَفَةَ: «أَنَّ رَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا إِلَى رَسُولِ اللهِ ﷺ فِي نَاقَةٍ، لَيْسَتْ في يدِ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، فَأَقَامَ كلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْبَيِّنَةَ أنَّها نَاقَتُهُ، فَجَعَلَهَا رَسُولُ اللهِ ﷺ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ»[3].

وقالَ الخَصَّافُ أيضًا فيه: قَالَ[4]: حَدَّثَنَا حَجَّاجٌ عَنْ حَمَّادِ بنِ سَلَمَةَ، عَنْ عَطَاءِ بنِ السَّائِبِ [٦/١١٠ظ/م]، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي لَيْلَى: أَنَّ رَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا إِلَى أَبِي الدَّرْدَاء رضي الله عنه فِي فَرَسٍ، فَأَقَامَ كلّ واحدٍ مِنْهُمَا البينة أَنَّه[5] نَتَجَهُ، لَا نَعْلَمُهُ بَاعَهُ وَلَا وَهَبَهُ؛ فَقَضَى بهِ أَبُو الدَّرْدَاءِ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ»[6].

= لو لَمْ يُعارِضه أحدٌ لَا تكون روايته حجة». ينظر: «نصب الراية» للزيلعي [٤/١٣٧]، و«البدر المنير» لابن الملقن [٩/٦٩٢].

(١) يأتي تخريجه قريبًا.

(٢) هذا الخبر والذي بعده: علَّقهما الصدرُ الشهيد في شَرْحَه على «أدب القاضي» [٤/٢٢٦، ٢٢٧]، وهما ثابتان موصولان في النسخة المُسْنَدَة مِن «أدب القاضي» للخَصَّاف [ق/٢٣٧/ب/ مخطوط مكتبة كوبريلي فاضل أحمد باشا/ (رقم الحفظ: ٥٤٦)].

(٣) مضى تخريجه آنفًا.

(٤) القائل: هو عبد الله بن محمد المعروف بـ: ابن أبي شيبة.

(٥) وقع بالأصل: «أَنَّها». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض». وهو الموافق لِمَا وقَع في: النسخة المُسْنَدة مِن «أدب القاضي» للخَصَّاف [ق/١٧٩/ب/ مخطوط مكتبة كوبريلي فاضل أحمد باشا/ (رقم الحفظ: ٥٤٦)]، وكذا في: «شرح أدب القاضي» للصدر الشهيد [٣/١٢٣].

(٦) أخرجه: عبد الرزاق في «مصنفه» [رقم/١٥٢٠٤]، والبيهقي في «السنن الكبرى» [١٠/٢٦٠]،=

مُحْتَمَلُ الوُجُودِ بَلْ يَعْتَمِدُ أَحَدُهُمَا سَبَبَ الْمِلْكِ، وَالْآخَرَ الْيَدَ فَصَحَّتِ الشَّهَادَتَانِ، فَيَجِبُ الْعَمَلُ بِهِمَا مَا أَمْكَنَ، وَقَدْ أَمْكَنَ بِالتَّنْصِيفِ إِذِ الْمَحِلُّ يَقْبَلُهُ، وَإِنَّمَا يُنَصَّفُ لِاسْتِوَائِهِمَا فِي سَبَبِ الِاسْتِحْقَاقِ.

غاية البيان

ولأنَّهما تساوَيا في سببِ الِاسْتِحْقَاقِ فيما يَصِحُّ قِسْمتُه، فوَجَبَ أنْ يَكُونَ بينهما، كما لوْ أقامَ كلٌّ واحدٍ منهما البَيِّنَةَ أنَّ الميتَ أوْصَىٰ لهُ بالثلثِ، بخلافِ ما إذا شهِد لكلِّ واحدٍ منهما شاهدانِ علىٰ نِكَاحِ امرأةٍ؛ لأنَّها لَا تَحْتَمِلُ القِسْمَةَ، ولأنَّ الدليلَ الذي أطلقَ لكلِّ واحدٍ منهما الشَّهَادَةَ مَوْجُودٌ، فإنه يَجُوزُ أنْ يَكُونَ أحدُهما عايَنَ سببَ المِلْكِ، والآخرُ شهِدَ؛ لأنَّهُ رآهُ في يدِه.

وإذا صحَّتِ الشهادتانِ: وجَبَ العملُ بهما إذا أمْكَنَ، وقد أمْكَنَ؛ لأنَّ الأصلَ في الحُجَجِ إذا قامَتْ ـ ولا تعارضَ في أنفسِها ـ أنْ يَصِيرَ الحُكْمُ مُسْتَحقَّ الثبوتِ بكلِّ حُجةٍ، كأنَّها منفردةٌ، ثُمَّ القاضي يَقْضِي لكلِّ واحدٍ منهما بالنِّصفِ؛ لأنَّ الحُكْمَ يَقْبَلُ الوَصْفَ بالتجزُّؤِ، فهذا طريقُ العملِ بالدليلَيْنِ بقَدْرِ الوُسْعِ. كذا في «**إشاراتِ الأسرارِ**».

ولَا يَجُوزُ [١٢/١٧٠و/د] القولُ بِالتَّهَاتُرِ؛ لأنَّهُ يُمْكِنُ القاضِيَ أنْ يحمِلَ شَهَادَةَ كلِّ فريقٍ علىٰ مَحْملٍ يُطْلِقُ لهُ أداءَ الشَّهَادَةِ، وحديثُ القُرْعَةِ كانَ في ابتداءِ الإسلامِ، ثُمَّ نُسِخَ لَمَّا حُرِّم القِمَارُ، ولأن القُرْعَةَ لوْ جازَ اعتبارُها؛ لاعتُبِرَتْ عندَ اختلافِ المُتَبَايِعيْنِ في الثَّمَنِ وكلِّ موضعٍ اشتَبَهَ الحقُّ فيه، فَعُلِمَ: أنَّها لَا تَصْلُحُ لإيجابِ الحقِّ.

وأَمَّا القولُ بإيقافِ البيِّنَتَيْنِ: فباطلٌ عندنا؛ لأنَّ القاضيَ نُصِبَ لفَصْلِ الأحكامِ، لَا لإيقافِها، ولأنَّ المُتَبَايِعيْنِ إذا اختلَفا في الثَّمَنِ أو المَبِيعِ، وأقاما البَيِّنَةَ؛ لَا تُوقَفُ

= عن عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي لَيْلَىٰ به.

قَالَ: فَإِذا ادَّعَىٰ كلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِكَاحَ امْرَأَةٍ، وَأَقَامَا البَيِّنَةَ؛ لَمْ يُقْضَ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا لِتَعَذُّرِ الْعَمَلِ بِهِمَا؛ لِأَنَّ الْمَحِلَّ لَا يَقْبَلُ الِاشْتِرَاكَ.

غاية البيان

بيِّنَتاهما مع تَعارُضِهما، فكذا هنا، وهذا كلُّه فيما إذا استوَتِ البيِّنَتانِ في العددِ والعَدَالَةِ[١].

فأَمَّا إذا كانَ لأحدِهما زيادةُ عددٍ، أوْ زيادةُ عَدَالَةٍ؛ فكذلكَ الجوابُ عندَنا: يُقْضَىٰ بينهما نصْفَيْنِ.

وقالَ **الشَّافِعِيُّ** رضي الله عنه: يَثْبُتُ الرجْحانُ بزيادةِ العددِ في الشهودِ، وبزيادةِ العَدَالَةِ[٢]، وهوَ قولُ مالكٍ رضي الله عنه[٣]. كذا ذكَرَ شيخُ الإسلامِ خُوَاهَر زَادَه [٢/٣٥٧ظ] في «**مبسوطِهِ**»؛ لأنَّ زيادةَ العددِ وزيادةَ العَدَالَةِ تَدُلُّ علىٰ زيادةِ صِدْقٍ.

[١٢/١٧٠ظ/د] **ولنا**: أنَّ كلَّ واحدةٍ منَ البيِّنَتَيْنِ لوِ انفردَتِ اسْتُحِقَّ بها المالُ المُدَّعَىٰ، فيَنْبَغِي أنْ يتساوَيَا عندَ الاجتماعِ، كما لوْ تساوَىٰ عددُهما وعدالتُهما، ولأنَّه حُكْمٌ اعْتُبِرَ فيهِ الشهودُ، فكانَ حُكْمُ الشاهديْنِ فيهِ والثلاثةِ سواءً كانعقادِ النِّكَاحِ. كذا في «**مختصرِ الأسرارِ**».

قولُه: (قَالَ: فَإِذا ادَّعَىٰ كلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِكَاحَ امْرَأَةٍ، وَأَقَامَا البَيِّنَةَ؛ لَمْ يُقْضَ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «**مختصرِهِ**»، وتمامُه فيه: «ويُرْجَعُ [٦/١١١و/م] إلىٰ تصديقِ المرأةِ لأحدِهما»[٤]، وذلكَ لأنَّ النِّكَاحَ لَا يَقْبَلُ القِسْمَةَ والاشتراكَ،

(١) ينظر: «المبسوط» [١٧/٤٢]، «تبيين الحقائق» [٤/٣١٦]، «العناية» [٨/٢٤٦]، «البحر الرائق» [٧/٢٣٤].

(٢) **قال النووي**: «المذهب: أنَّهُ لَا ترجيح، وقيل: قولان، وفي الرواية: يَثْبُت الترجيح بذلك، وقيل: هي كالشهادة، والمذهب: الفرق؛ لأن للشهادة نصابًا فيتبع، ولا ضَبْط للرواية، فيُعْمَل بأرجح الظنَّيْنِ». ينظر: «روضة الطالبين» للنووي [٢/٥٨].

(٣) ينظر: «حاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير» [٤/٢٢٠]. و«حاشية الصاوي علىٰ الشرح الصغير» [٤/٣٠٦].

(٤) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢١٥].

قَالَ: وَيَرْجِعُ إِلَىٰ تَصْدِيقِ الْمَرْأَةِ لِأَحَدِهِمَا؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ مِمَّا يُحْكَمُ بِهِ

وليستْ إحدىٰ البيِّنَتَيْنِ بأَوْلَىٰ مِنَ الآخرِ، فتَهَاتَرَتَا جميعًا، وبَقِيَ مجردُ دعوىٰ النِّكَاحِ، فيُرْجَعُ إلىٰ تصديقِ المرأةِ؛ لأنَّ النِّكَاحَ يُحْكَمُ بهِ إذا وقَعَ التصادُقُ مِنَ الزوْجَيْنِ.

وجملةُ القولِ فيه: ما قالَ الْأُسْتَرُوشَنِيُّ رحمه الله في «**فصولِه**» ـ في الفصل السابع عشر: عنِ القاضي الإمامِ رُكْنِ الإسلامِ عَلِيٍّ السُّغْدِيِّ رحمه الله ـ:

«إذا تنازَع اثنانِ امرأةً، كلُّ واحدٍ منهما يَدَّعِي أنَّها امرأتُه، وأقاما البَيِّنَةَ علىٰ ذلك؛ فهذا علىٰ وجوه: إنْ أرَّخَا وتاريخُهما سواءٌ، أوْ أرَّخَا علىٰ السواءِ، ولكلِّ واحدٍ منهما يدٌ، أوْ لَمْ يُؤَرِّخا؛ ففي هذه الفصول الثلاثة: لَا يُقْضَىٰ بالمرأة [١٢/١٧١و/د] لأحدِهما، فإنهما استوَيا في الحُجَّةِ، فيستَوِيانِ في الِاسْتِحْقَاقِ.

وإنْ أرَّخَا علىٰ السواءِ، إلَّا أنَّ لأحدِهما يدًا؛ فإنه يُقْضَىٰ لصاحب اليدِ؛ لأنَّ حُجتُه ترجّحَتْ باليدِ.

وإنْ أرَّخَ أحدُهما، ولَمْ يُؤَرِّخِ الآخرُ، فصاحبُ التاريخ أَوْلَىٰ؛ لأنَّ نِكَاحَ صاحبِ التاريخِ ظهَرَ مِنْ وَقْتِ التاريخ، ونِكَاحُ الآخرِ لَمْ يظهرْ أنَّهُ كانَ منعقدًا وَقْتَ التاريخِ، فصاحبُ التاريخِ أَوْلَىٰ، وإنْ أرَّخَا للنِّكَاحِ، وتاريخُ أحدِهما أسبَقُ؛ فهيَ للَّذي تاريخُه أسبَقُ.

وإنْ كانَ لأحدِهما يَدٌ وللآخرِ تاريخٌ، فصاحبُ اليدِ أَوْلَىٰ؛ لأنَّ حُجتَه مُرجَّحَةٌ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما يتلَقَّىٰ المِلْكَ مِن جهةٍ واحدةٍ، فيَدُ أحدِهما تدلُّ علىٰ أنَّ مِلْكَه أسبَقُ، فكانَ أَوْلَىٰ.

فإنْ أقَرَّتِ المرأةُ لأحدِهما، وللثاني تاريخٌ؛ فإنها تَكُونُ للذي أقَرَّتْ؛ لأنَّ الإِقْرَارَ بمنزلةِ اليدِ، وهذا إذا أرَّخَا علىٰ السواءِ، إلَّا إنِ المرأةُ أقَرَّتْ لأحدِهما

. . . .

والزوجُ صدَّقها، فإنه يُقْضَىٰ بالنكاحِ بينهما، ويُفَرَّقُ بينهما وبينَ الآخرِ.

وإنْ لَمْ تُقِرَّ لأحدِهما: يُفَرَّقُ بينها وبينهما؛ لأنهما استوَيا في [١٢/١٧١ظ/د] الدعوىٰ، فإنْ كانَ قبلَ الدخولِ؛ لَا يُقْضَىٰ علىٰ أحدِ الزوجيْنِ بشيءٍ مِنَ المهرِ، ولا يَجِبُ عليها العِدَّةُ. كذا ذكَر في «**الفتاوىٰ**».

وذكَر في نِكَاحِ «المحيطِ»: «إذا تنازَع رَجُلانِ في امرأةٍ، كلُّ واحدٍ منهما يَدَّعِي أنَّها امرأتُه، وأقاما البَيِّنَةَ، فإنْ كانَتْ في بيتِ أحدِهما، أوْ كانَ دخَلَ بها أحدُهما؛ فهيَ امرأتُه؛ لأنَّ تَمَكُّنَه مِن الدخولِ بها، أوْ مِن نَقْلِها إلىٰ بيتِه دليلُ سَبْقِ عَقْدِه، إلَّا إذا أقامَ الآخرُ بَيِّنَةً أنَّهُ تزَوَّجَها قبْله؛ فحينئذٍ يسْقُط اعتبارُ دليل السبْق عندَ التصريحِ بالسبقِ.

وإنْ لَمْ تَكُنْ في بيتِ أحدِهما، ولا دخَلَ بها أحدُهما، فإنْ وقَّتَا [٦/١١١ظ/م]: فالأولُ أَوْلَىٰ، [وإنْ لَمْ يُؤَقِّتا، أوْ وَقَّتَا وقْتًا واحدًا: فالذي زُكِّيَتْ بَيِّنَتُه أَوْلَىٰ][(١)]، وإنْ زُكِّيَتِ البيِّنَتانِ: تُسْأَلُ المرأةُ عنْ ذلكَ، فإنْ لَمْ تُقِرَّ المرأةُ بنكاحِ أحدِهما: **يُفَرَّقُ** بينهما وبينها.

وإنْ أقَرَّتْ لأحدِهما أنَّهُ تزَوَّجَها قبْلَ الآخرِ؛ فهيَ امرأتُه، **إلَّا إذا أقامَ الآخرُ** بَيِّنَةً أنَّهُ تزَوَّجَها قبْلَ هذا، وهذا لأنَّ العمل بالبيِّنَتَيْنِ مُتعذِّرٌ، **فسَقَطَ اعتبارُهما**، وبَقِيَ تصادُقُ أحدِ الزوْجَيْن معَ المرأةِ، فيَثْبُتُ النِّكَاحُ [١٢/١٧٢و/د] **بينهما** بتصادُقِهما، وهذا كلُّه إذا كانَ التنازُعُ حالَ قيامِ المرأةِ.

فأمَّا إذا كانَ بعدَ وفاةِ المرأةِ: فهذا علىٰ [٢/٣٥٨و] وجوهٍ، **ولا يُعْتَبرُ فيهِ الإقْرَارُ** واليدُ، فإنْ أرَّخَا وتاريخُ أحدِهما أسبقُ؛ يُقْضَىٰ بِالنِّكَاحِ له، **والمِيرَاثُ له، ويَجِبُ**

(١) ما بين المعقوفتين: سقط من «م».

بِتَصَادُقِ الزَّوْجَيْنِ، وَهَذَا إِذَا لَمْ يوقَّتِ [٧٥/ظ] الْبَيِّنَتَانِ، فَأَمَّا إِذَا وُقِّتَا فَصَاحِبُ الْوَقْتِ الْأَوَّلِ أَوْلَىٰ وَإِنْ أَقَرَّتْ لِأَحَدِهِمَا قَبْلَ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ؛ فَهِيَ امْرَأَتُهُ لِتَصَادُقِهِمَا.

غاية البيان

عليْهِ تمامُ المهرِ، وإنْ لَمْ يُؤَرِّخا أوْ أرَّخَا على السواءِ؛ فإنه يُقْضَىٰ بِالنِّكَاحِ بينهما، ويَجِبُ علىٰ كلِّ واحدٍ مِنَ الزوْجَيْنِ نِصْفُ المهرِ، ويَرِثانِ منها ميراثَ زوْجٍ واحدٍ». فرَقَ[1] بينَ الدعوىٰ حالَ الحياةِ، وبين الدعوىٰ بعدَ الوفاةِ[2].

والفرْقُ: أنَّ المَقْصُودَ في حالِ الحياةِ: هوَ المرأةُ، وهي لَا تصْلُحُ مشتركةً بينهما، والمَقْصُودُ بعدَ الوفاةِ: هوَ المِيرَاثُ، وهوَ مالٌ، فيَقْبَلُ الشَّرِكَةَ، فإنْ جاءَتْ بولدٍ؛ يَثْبُتُ النَّسَبُ مِنَ الأبويْنِ، ويَرِثُ الابنُ مِن كلِّ واحدٍ منهما ميراثَ ابنٍ كامل؛ لأنَّ البُنُوَّةَ لَا تتجَزَّأُ». هكذا ذكرَ في «**الفصولِ**».

وذكَرَ في «**الفصولِ**» أيضًا عنْ نِكَاحِ «**الذخيرةِ**»: «إذا ادَّعَىٰ النِّكَاحَ بمَحْضَرٍ مِن الشهودِ؛ لَا بُدَّ أنْ يَذْكُرَ سماعَ الشهودِ كلامَ المُتَعَاقِديْنِ؛ لأنَّ بينَ العلماءِ اختلافًا في سماعِ الشهودِ كلامَ المُتَعَاقِدِيْنِ، هلْ هوَ شرْطٌ؟ **والأصحُّ** أنَّهُ شرْطٌ، فلَا بُدَّ مِن ذِكْرِه [١٧٢/١٢ظ/د] لِتَصِحَّ الدعوىٰ».

قولُه: (**فَصَاحِبُ الْوَقْتِ الْأَوَّلِ أَوْلَىٰ**)؛ لأنَّ السبقَ مِنْ أسبابِ الترجيحِ.

قولُه: (**وَإِنْ أَقَرَّتْ لِأَحَدِهِمَا قَبْلَ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ؛ فَهِيَ امْرَأَتُهُ لِتَصَادُقِهِمَا**[3]).

قال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّين الأَسْبِيْجَابيُّ ـ في آخرِ بابِ اختلافِ الأوقاتِ في الدعوىٰ مِنْ «**شرحِ الكافي**» ـ: «ولو ادَّعَىٰ رَجُلانِ عبدًا في أيديهما، ولا بَيِّنَةَ لهما، فقالَ العبدُ: أنا لأحدِهما هذا بعَيْنِه؛ لَمْ يُصَدَّقْ، وهوَ لهما؛ لأنَّ أيديهما دليلُ

(١) يعني: صاحب «المحيط»، والقائلُ هو صاحب: «الفصول».
(٢) انتهىٰ النقل من «المحيط البرهاني» [١٥٤/٣]، وينظر: «المبسوط» للسرخسي [١٥٦/٥].
(٣) وقع بالأصل: «لِتَصَادُقِها». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

وَإِنْ أَقَامَ الْآخَرُ الْبَيِّنَةَ قَضَي بِهَا؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ أَقْوَىٰ مِنَ الْإِقْرَارِ، وَلَوْ تَفَرَّدَ أَحَدُهُمَا بِالدَّعْوَىٰ وَالْمَرْأَةُ تَجْحَدُ فَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ وَقَضَىٰ بِهَا الْقَاضِي لَهُ، ثُمَّ ادَّعَىٰ الْآخَرُ وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَىٰ مِثْلِ ذَلِكَ لَا يَحْكُمُ بها؛ لِأَنَّ الْقَضَاءَ الْأَوَّلَ قَدْ صَحَّ فَلَا يُنْقَضُ بِمَا هوَ مِثْلُهُ بلْ دُونَهُ إِلَّا أَنْ يُوَقِّتَ شُهُودُ الثَّانِي سَابِقًا؛ لِأَنَّهُ ظَهَرَ الْخَطَأُ فِي الْأَوَّلِ بِيَقِينٍ.

وَكَذَا إِذَا كَانَتِ الْمَرْأَةُ فِي يَدِ الزَّوْجِ وَنِكَاحُهُ ظَاهِرٌ، لَا يُقْبَلُ بَيِّنَةُ الْخَارِجِ إِلَّا عَلَىٰ وَجْهِ السَّبْقِ.

قَالَ: وَلَوِ ادَّعَىٰ اثْنَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهُ اشْتَرَىٰ مِنْهُ هَذَا الْعَبْدَ مَعْنَاهُ مِنْ

غاية البيان

المِلْكِ علىٰ العبدِ؛ لأَنَّهُ ليسَ لهُ يَدٌ دافعةٌ، فلَا يُقْبَلُ قولُه، بخلافِ ما لوِ ادَّعَيَا امرأةً في أيديهما، فأقرَّتْ لأحدِهما، حيثُ يُقْضَىٰ بها لهُ؛ لأنَّ المرأةَ ليست في يدِ أحدٍ؛ لأنها في يدِ نفسها، فيُعْتَبَرُ إقرارُها بالزوجيةِ».

قولُه: (لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ أَقْوَىٰ مِنَ الْإِقْرَارِ)؛ لأنَّ البَيِّنَةَ حُجةٌ مُتعدِّيةٌ، والإِقْرَارُ حُجةٌ قاصرةٌ.

قولُه: (فَلَا يُنْقَضُ بِمَا هوَ مِثْلُهُ بلْ دُونَهُ)، أي: لَا يُنْقَضُ القَضَاءُ بِالبَيِّنَةِ الثانيةِ[1] التي هيَ مِثْلُ الأُولىٰ بلْ دونَها؛ لأنَّ الأُولىٰ تأكَّدَتْ بالقضاءِ، وهذا لأنَّ في الظنِّيَّاتِ لَا يُنْقَضُ المِثْلُ بالمِثْلِ [٦/١١٢و/م]، ولهذا لَا يَهْدِمُ الرأيُ الرأيَ، إلَّا إذا ثبَتَ سبْقُ التاريخِ في الثانيةِ، فحينئذٍ يُنْقَضُ الأولُ؛ لكونِه خطأً يقينًا.

قولُه: (قَالَ: وَلَوِ ادَّعَىٰ اثْنَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهُ [١٢/١٧٣و/د] اشْتَرَىٰ مِنْهُ هَذَا الْعَبْدَ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصرِهِ»، وتمامُه فيها: «وأقاما بَيِّنَةً؛ فكلُّ واحدٍ

(١) وقع بالأصل: «الثابتة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

صَاحِبِ الْيَدِ وَأَقَامَا بَيِّنَةً، فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَخَذَ نِصْفَ الْعَبْدِ

منهما بِالخِيَارِ: إنْ شاءَ أخَذَ نِصْفَ العبدِ بنِصْفِ الثَّمَنِ، وإنْ شاءَ ترَكَ»[1].

وتمامُ البيانِ هنا: ما ذكرَ شيخُ الإسلامِ أبو بكرٍ ـ المعروف بِخُوَاهَر زَادَه ـ في «**مبسوطِهِ**» فقال: «هذا على وجْهَيْنِ: إمَّا إنِ ادَّعَيَا الشِّرَاء مِنْ واحدٍ، أو ادَّعَيَا الشِّرَاءَ مِنِ اثنينِ، وكلُّ واحدٍ مِنْ ذلكَ لَا يَخْلُو مِنْ ثلاثةِ أوجهٍ:

إمَّا إنْ كانَ العينُ في يدِ ثالثٍ، أوْ في يدِ أحدِهما، أوْ في أيدِيهما، وكلُّ وَجْهٍ مِنْ ذلكَ لَا يَخْلُو مِنْ أربعةِ أوجهٍ: إمَّا إنْ لَمْ يُؤَرِّخا، أوْ أرَّخَا، وتاريخُهما على السواءِ، أوْ أرَّخَ أحدُهما، ولَمْ يُؤَرِّخِ الآخرُ، أوْ أرَّخَا، وتاريخُ أحدِهما أسبَقُ.

فإنِ ادَّعَيَا الشِّرَاءَ مِنْ واحدٍ، والعينُ في يدِ ثالثٍ، ولَمْ يُؤَرِّخا، أوْ أرَّخَا وتاريخُهما على السواءِ؛ فإنه يُقْضَى بالدارِ بينهما نصفَيْنِ؛ لاستوائِهما في الدعوى، والحُجَّةِ، والتاريخِ، وعدمِ التاريخِ، والمقْضِيُّ بهِ مما يحتملُ الاشتراكَ، فوَجَبَ القَضَاءُ بينهما نصْفَيْنِ، كما لوِ ادَّعَيَا مِلْكًا مطلقًا.

ثم يُخَيَّرُ كلُّ واحدٍ منهما: إنْ شاءَ أخذَ نصفَها بنِصْفِ الثَّمَنِ، وإنْ شاءَ [١٢/١٧٣ظ/د] **ترَكَ**؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما أثْبَتَ شراءَه على جميعِ الدَّار، وقد استُحِقَّ عليْهِ النِّصْفُ بِبَيِّنَةِ صاحبِه، **فيَتَخَيَّرُ في البَاقِي** [٢/٣٥٨ظ]؛ لأنَّ الشَّرِكَةَ في الأعيانِ المجتمعةِ عَيْبٌ.

فإنِ اختارَ الأخْذَ: رَجَعَ كلُّ واحدٍ منهما على البائعِ[2] **بنِصْفِ الثَّمَنِ، إنْ كانَ** نَقَدَه الثَّمَنَ، وإنْ لَمْ ينْقُدْه؛ **أدَّى كلُّ واحدٍ منهما [إلى البَائِعِ]**[3] **نِصْفَ الثَّمَنِ، وإنِ**

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢١٥].

(٢) وقع بالأصل: «على الباقي». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

بِنِصْفِ الثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ ؛ لِأَنَّ الْقَاضِيَ يَقْضِي بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ لِاسْتِوَائِهِمَا فِي

غاية البيان

اختارَ الرَّدَّ ؛ سَلَّمَ الدَّارَ كلَّها للبَائِعِ ، ورَجَعَ كلُّ واحدٍ منهما على البَائِعِ بجميعِ الثَّمَنِ إنْ كانَ نَقَدَ ، وإنْ لَمْ يَكُنْ نَقَدَ ؛ فلَا شيءَ لواحدٍ منهما على البَائِعِ .

فإنِ اختارَ أحدُهما الأخذَ ، وردَّ الآخرُ: إنْ كانَ قبْلَ القَضاءِ فإنَّهُ يَأْخُذُ الذي اختارَ جميعَ الدَّارِ ، ولا خِيَارَ لهُ ؛ لأنَّ الذي اختارَ الأخذَ ثبتَ شراؤُه في جميعِ الدَّارِ ، وإنما يُقْضَىٰ بالنصفِ لمزاحمةِ الآخرِ ، فإذا ردَّ الآخرُ فقدْ زالتِ المزاحمةُ ، وشراؤُه قائمٌ في جميعِ الدَّارِ ، فكانَ لهُ أنْ يَأْخُذَ جميعَ الدَّارِ .

فأَمَّا إذا اختارَ الرَّدَّ بعدما قضَىٰ القاضي بالدارِ بينهما نصْفَيْنِ ؛ لَا يَكُونُ للذي اختارَ الأخْذَ أنْ يَأْخُذَ جميعَ الدَّارِ وإنْ زالَتْ مُزَاحَمَةُ [٦/١١٢ظ/م] الآخرِ ؛ لأنَّ مُزَاحَمَةَ الآخرِ زالتْ [١٢/١٧٤و/د] بعدَما فُسِخَ شِرَاءُ الذي اختارَ الأخْذَ في النِّصْفِ ، والعَقْدُ متىٰ انْفَسَخَ بقضاءِ القاضي لَا يَعُودُ إلَّا بتجديدٍ ، ولَمْ يُوجَدْ .

وإنْ أرَّخَ أحدُهما ، ولَمْ يُؤَرِّخِ الآخرُ ؛ فإنه يُقْضَىٰ للمؤرِّخِ عندَهم جميعًا ، وذلكَ لأنَّ شِرَاءَ الذي لَمْ يُؤَرِّخْ متأخِّرٌ مِنْ حيثُ المعنىٰ ، فيُعْتَبرُ بما لوْ كانَ متأخرًا حقيقةً ، بأنْ أرَّخَ هوَ منذُ شهرٍ ، والآخرُ منذُ سَنَةٍ ؛ كانَ صاحبُ السَّنَةِ أَوْلَىٰ ، فكذا إذا كانَ شِرَاءُ صاحبِه متأخِّرًا مِنْ شِرَاءِ المؤرِّخِ مِنْ حيثُ المعنىٰ .

وإنما قلْنا بأنَّ شِرَاءَ الذي لَمْ يُؤَرِّخْ متأخِّرٌ مِنْ حيثُ المعنىٰ ؛ لأنَّ شراءَه حادثٌ ، والأصلُ في الحوادثِ أنْ يُحْكَمَ بحدوثِها لأقربِ ما ظهَرَ ، إذا لَمْ يَتَضَمَّنْ الحُكْمُ بحدوثِها نقْضَ ما هوَ ثابتٌ بالعِيانِ ؛ لأنَّ الحُكْمَ بحدوثِه لأقربِ ما ظهَرَ ثابتٌ باستصحابِ الحالِ ، لَا بدليلٍ أوجَبَ الحدوثَ للحالِ .

والثابتُ[1] بظاهرِ الحالِ يَصْلُحُ لتقريرِ ما هوَ ثابتٌ ، ولا يَصْلُحُ لنَقْضِ ما هوَ

(١) وقع بالأصل: «والثابتة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

السَّبَبِ، فَصَارَ كَالْفُضُولِيَّيْنِ إِذَا بَاعَ كُلٌّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ رَجُلٍ، وَأَجَازَ الْمَالِكُ

غاية البيان

ثابتٌ، وهاهنا الحُكْمُ بحدوثِه للحالِ لَا يتَضَمَّنُ نَقْضَ ما هوَ ثابتٌ بالعِيانِ، بلْ يُقرِّرُ ما هوَ ثابتٌ، وهوَ مِلْكُ المُؤَرِّخِ منذُ سَنَةٍ [١٢/١٧٤ظ/د]، فاعْتُبِرَ شِرَاءُ الذي لَمْ يُؤَرِّخْ متأخِّرًا مَعْنًى.

ولوْ تأخَّرَ حقيقةً كأنْ يُقْضَى بجميعِ الدَّارِ للآخرِ، فكذا إذا كانَ متأخِّرًا مَعْنًى، وإنْ أرَّخَا وتاريخُ أحدِهما أسبقُ؛ فإنه يُقْضَى لأسبقِهما تاريخًا؛ لأنَّ الثابتَ بِالبَيِّنَةِ العادلةِ كالثابتِ مُعَايَنَةً.

ولو عايَنَ القاضي شِرَاءَ أحدِهما منذُ سَنتيْنِ، وشِرَاءَ الآخرِ منذُ سَنَةٍ؛ فإنه يُقْضَى لصاحبِ السَّنتَيْنِ؛ لأنَّ شِرَاءَ صاحبِ السَّنَةِ لَا يَصِحُّ مِنَ البَائِعِ ما لَمْ تنتَقِلِ الدَّارُ إلى البَائِعِ ثانيًا، والشهودُ لَمْ يَشْهَدُوا بذلكَ، فكذلكَ إذا ثبَتَ ذلكَ بِالبَيِّنَةِ، هذا الذي ذَكَرْنا كلُّه إذا كانَ العينُ في يدِ ثالثٍ.

فأَمَّا إذا كانَ العينُ في يدِ أحدِهما، إنْ لَمْ يُؤَرِّخا، أوْ أرَّخَا، وتاريخُهما على السواءِ، أوْ أرَّخَ أحدُهما؛ فإنه يُقْضَى بجميعِ الدَّارِ في هذه الفصولِ الثلاثةِ لذي اليدِ، وإنْ أرَّخَا وتاريخُ أحدِهما أسبقُ ـ وهوَ الفصلُ الرابعُ ـ؛ فإنه يُقْضَى لأسبقِهما تاريخًا [٢/٣٥٩و]، خارِجًا كانَ أوْ ذا اليدِ.

أمَّا إذا لَمْ يُؤَرِّخا، أوْ أرَّخَا وتاريخُهما على السواءِ؛ ففي هذيْنِ الفصْلَيْنِ يُقْضَى بجميعِ الدَّارِ لذي اليدِ؛ لأنَّهما استوَيا في إثباتِ الاِسْتِحْقَاقِ على ثالثٍ، فإنَّ [١٢/١٧٥و/د] كلَّ واحدٍ منهما ادَّعَى تلَقِّي المِلْكِ مِن جهةِ زيدٍ، وأثبتَ [٦/١١٣و/م] ذلكَ بِالبَيِّنَةِ، واستوَيا في التاريخِ وعدمِ التاريخِ، فإذا استوَيا في ذلكَ، ولأحدِهما يَدٌ؛ يترجَّحُ باليدِ، كما في النِّتَاجِ لَمَّا استوَيا في إثباتِ أَوَّلِيَّةِ المِلْكِ مِنْ كلِّ وَجْهٍ، ولأحدِهما يَدٌ؛ ترجَّح باليدِ، فكذلكَ هذا.

الْبَيْعَيْنِ، يُخَيَّرُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا؛ لِأَنَّهُ تَغَيَّرَ عَلَيْهِ شَرْطُ عَقْدِهِ، فَلَعَلَّ رَغْبَتَهِ فِي

غاية البيان

وإنْ أرّخَ أحدُهما: فإنَّه يُقْضَىٰ بجميعِ الدَّارِ لذي اليدِ، سواءٌ كانَ هوَ المُؤَرِّخَ، أوْ صاحبُه، فإنْ كانَ ذو اليدِ هوَ المُؤَرِّخَ فلَا إشكالَ؛ لأنَّ ذا اليدِ أَوْلَىٰ مِنْ غيرِ تاريخٍ، فمَعَ التاريخ أَوْلَىٰ، وإنْ كانَ التاريخُ للخارجِ؛ فذو اليدِ أَوْلَىٰ بجميعِ الدَّارِ، وكانَ يَجِبُ أنْ يُقْضَىٰ للخارجِ.

ويُعْتَبَرُ شِرَاءُ ذي اليدِ الذي لَا تاريخَ لهُ: متأخرًا مَعْنًىٰ؛ لأَنَّهُ حادِثٌ، والأصلُ[1] في الحوادثِ أَنَّهُ يُحْكَمُ بحدوثِها لأقربِ ما ظَهَرَ، إذا لَمْ يُعْرَفْ تقدُّمُها علىٰ وَقْتِ ظهورِها، إذا لَمْ يتَضَمَّنْ الحُكْمُ بحدوثِه للحالِ نقْضَ ما هوَ ثابتٌ بالعِيانِ.

وهنا الحُكْمُ بحدوثِه للحالِ يتَضَمَّنُ نقْضَ ما هوَ ثابتٌ بالعِيانِ وهوَ اليدُ، فإنَّ يدَه ثابتٌ بيقينٍ، فمتىٰ اعتبرْنا شراءَه حادثًا للحالِ؛ وجَبَ نقْضُ يدِه، وإنِ اعْتُبِرَ سابقًا علىٰ شِرَاء الآخرِ [١٢/١٧٥ظ/د] لَمْ يَجُزْ نقْضُ يدِه، وكِلَا الأمْرَيْنِ محتملٌ، يَجُوزُ أن يَكُونَ متأخّرًا عنْ شِرَاءِ صاحبِه، ويَجُوزُ أنْ يَكُونَ متقدِّمًا، فلَا يُنْقَضُ يدُه وشراؤُه بالشكِّ.

بخلافِ ما لوْ كانَ العينُ في يدِ ثالثٍ، لأنَّا لوْ حكَمْنا بحدوثِ الذي لَا تاريخَ لهُ للحالِ لَا يُنْقَضُ ما هوَ ثابتٌ بيقينٍ، بلْ يُقَرِّرُ ما هوَ ثابتٌ بيقينٍ، وهوَ مِلْكُ المُؤَرِّخِ منذُ سَنَةٍ.

فإنْ قيلَ: متىٰ حكَمْنا بشراءِ الذي لَا تاريخَ لهُ للحالِ، نقَضْنا مِلْكَ مَنْ لَا تاريخَ لهُ بظاهرِ الحالِ، وهذا لَا يَجُوزُ.

فالجوابُ عنه: أنَّا متىٰ لَمْ نحْكُمْ بحدوثِ شرائِه للحالِ، ولَمْ يَنْقُضْ مِلْكَ

---

(١) وقع بالأصل: «أو الأصل». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

تَمَلُّكِ الْكُلِّ، فَيَرُدُّهُ وَيَأْخُذُ كُلَّ الثَّمَنِ.

غاية البيان

الذي لَمْ يُؤَرِّخْ باستصحابِ الحالِ؛ احتَجْنا إلىٰ نقْضِ مِلْك المُؤَرِّخ منذُ سَنةٍ بدليله بالاحتمالِ، وهوَ أنْ يَكُونَ شِرَاءُ الآخرِ سابقًا، ولما لَمْ يَكُنْ بُدٌّ مِنْ نَقْضِ أحدِ المِلْكَيْنِ؛ كانَ نقْضُ ما لَمْ يَثْبُتْ بدليلِه منذُ سَنَةٍ أَوْلَىٰ مِنْ نقْضِ الثابتِ بدليلِه منذُ سَنَة.

فأَمَّا هنا: متىٰ حَكَمْنا بحدوث شِرَاءِ ذي اليدِ للحالِ نقَضْنا ما هوَ ثابتٌ بالمُعايَنةِ، وهوَ اليدُ، ومتىٰ لَمْ نحْكُمْ بحدوثِه للحالِ نقَضْنا المِلْكَ الثابتَ للآخرِ منذُ سَنةٍ بالخبرِ، ولا بُدَّ مِنْ نَقْضِ أحدِ الأمْرَيْنِ، فكانَ نقْضُ ما هوَ [١٢/١٧٦و/د] ثابتٌ بالخبرِ [٦/١١٣ظ/م] أَوْلَىٰ مِنْ نَقْضِ ما هوَ ثابتٌ بالمُعايَنةِ علىٰ ما قيلَ: ليسَ الخَبَرُ كالمُعَايَنةِ.

ولهذا قلْنا: إذا أثْبَتَ الخارجُ الشِّرَاءَ معَ القَبْضِ، وللآخرِ قبْضٌ مُعايَنٌ؛ فإنَّ صاحبَ القَبْضِ المُعايَن أَوْلَىٰ، ولأنَّ الثابتَ مُعَايَنَةً فوقَ الثابتِ بالخبرِ، فكذا هذا.

فأَمَّا إذا أرَّخَا وتاريخُ أحدِهما أسبقُ؛ فإنَّه يُقْضَىٰ لأسبقِهما تاريخًا أيّهما كانَ، لأنَّا لوْ نقَضْنا يدَ ذي اليدِ ـ بأنْ كانَ الخارجُ أسبَقَهما تاريخًا ـ فإنما ننْقُضُه بيقينٍ لَا بالاحتمالِ؛ لأنَّ ذا اليدِ أرَّخَ منذُ ستةِ أشهرٍ، والآخرُ منذُ سَنَةٍ، فشِرَاءُ ذي اليدِ ثبَتَ متأخِّرًا مِنْ كلِّ وَجْهٍ، فلوْ نقَضْنا يدَه؛ نقَضْنا بيقينٍ، ونقْضُ الثابتِ بيقينٍ يَجُوزُ بيقينٍ مِثْلِه.

فأَمَّا لَا يَجُوزُ بالاحتمالِ لجوازِ أنْ يَكُونَ شِرَاءُ ذي اليدِ سابقًا علىٰ شِرَاءِ الخارجِ، وإذا لَمْ يُعْرَفْ لهُ تاريخٌ يُحْتَمُلُ أنْ يَكُونَ متأخِّرًا، فلَا تُنْقَضُ يدُه بالاحتمالِ، هذا إذا كانَ العينُ في يدِ أحدِهما، فأَمَّا إذا كانَ في أيدِيهما: إنْ لَمْ يُؤَرِّخا، أوْ أرَّخَا وتاريخُهما علىٰ السواءِ، أو أرَّخَ أحدُهما دونَ الآخرِ؛ فإنَّ في الفصولِ الثلاثةِ [٢/٣٥٩ظ] يُقْضَىٰ بالدارِ بينهما [١٢/١٧٦ظ/د] نصْفَيْنِ.

....

أمَّا إذا لَمْ يُؤَرِّخا، أوْ أرَّخَا وتارِيخُهما علىٰ السواءِ؛ فلَا إشكالَ؛ لأنَّهما اسْتَوَيَا في الدعوىٰ، والحُجَّةِ، والتاريخِ، وعدمِ التاريخ، واليدِ، والمقْضِيُّ بهِ ممَّا يَقْبَلُ الاشتراكَ، فيُقْضَىٰ بينهما نصْفَيْنِ، وإنْ أرَّخَ أحدُهما دونَ الآخرِ؛ فكذلكَ يُقْضَىٰ بينهما نصْفَيْنِ؛ لأنَّهُ لَا عِبْرةَ للتاريخِ حالةَ الانفرادِ، إذا كانَ للذي لَا تاريخَ لهُ يدٌ مُعايَنٌ.

أَلَا ترىٰ أنَّهُ لوْ كانَ في يدِ أحدِهما، فأرَّخَ الخارجُ؛ لَا يَكُونُ لتاريخِه عِبْرةٌ حتىٰ لَا يَنْقُضَ يدَ ذي اليدِ بالاحتمالِ، فكذا لَا يَكُونُ لتاريخِ أحدِهما عِبْرةٌ إذا كانَ في أيدِيهما، حتىٰ لَا يُنْقَضَ ما يَثْبُتُ مِنْ يدِ الآخرِ في النِّصْفِ بتاريخِه، وإذا لَمْ يَكُنْ للتاريخِ حالةَ الانفرادِ عِبْرةٌ بمقابلةِ اليدِ؛ صارَ وجودُ التاريخِ مِنْ أحدِهما وعدمُه بمنزلةٍ، ولو عُدِمَ يُقْضَىٰ بالدارِ بينهما نصْفَيْنِ، فكذلكَ هذا.

فأمَّا إذا أرَّخَا وتاريخُ أحَدِهما أسبقُ؛ فإنَّه يُقْضَىٰ لأسبقِهما تاريخًا، كما لوْ ثَبَتَ ذلكَ مُعَايَنَةً، فإنَّه يُقْضَىٰ لأسبقِهما تاريخًا، وإنْ كانَ في أيدِيهما، فكذلكَ إذا ثَبَتَ بِالبَيِّنَةِ، هذا كلُّه إذا ادَّعَيَا الشِّرَاءَ مِنْ واحدٍ.

فأمَّا إذا ادَّعَيَا الشِّرَاءَ مِن اثنين: فالجوابُ فيهِ كالجوابِ فيما إذا [١٢/١٧٧و/د] ادَّعَيَا مِلْكًا [٦/١١٤و/م] مطلقًا، سواءٌ كانَ العينُ في يدِ ثالثٍ، أوْ في يدِ أحدِهما، أوْ في أيدِيهما، ولَمْ يُؤَرِّخا، أوْ أرَّخَا وتارِيخُهما علىٰ السواءِ، أوْ أرَّخَ أحدُهما، ولَمْ يُؤَرِّخِ الآخرُ، أوْ أرَّخَا وتاريخُ أحَدِهما أسبقُ، وكلُّ جوابٍ عرفتَه ثَمَّةَ علىٰ الوفاقِ والخلافِ؛ فهوَ الجوابُ هنا.

وإنما اعتبرُوا بما لوِ ادَّعَىٰ اثنانِ فيها مِلْكًا مطلقًا؛ **لأنَّ كُلَّ واحدٍ من المُشْتَرِيَيْنِ** يَحْتَاجُ إلىٰ إثباتِ المِلْكِ لبائعِهِ مِلْكًا مطلقًا؛ لأنَّ **المِلْكَ غيرُ ثابتٍ لبائعِه** باتفاقِ خَصْمِه، وإذا كانَ كُلُّ واحدٍ منهما محتاجًا إلىٰ **إثباتِ المِلْكِ لبائعِه في هذه**

وَإِنْ قَضَىٰ الْقَاضِي بِهِ بَيْنَهُمَا، فقالَ أَحَدُهُمَا: لَا أَخْتَارُ؛ لَمْ يَكُنْ لِلْآخَرِ أَنْ يَأْخُذ جَمِيعَهُ؛ لِأَنَّهُ صَارَ مَقْضِيًّا عَلَيْهِ فِي النِّصْفِ فَانْفَسَخَ الْبَيْعُ فِيهِ؛ وَهَذَا لِأَنَّهُ خَصْمٌ فِيهِ لِظُهُورِ اسْتِحْقَاقِهِ بِالْبَيِّنَةِ، لَوْلَا بَيِّنَةُ صَاحِبِهِ، بِخِلَافِ مَا لَوْ قَالَ ذَلِكَ قَبْلَ تَخْيِيرِ الْقَاضِي، حَيْثُ يَكُونُ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ الْجَمِيعَ؛ لِأَنَّهُ يَدَّعِي الْكُلَّ

غاية البيان

الدَّارِ مِلْكًا مطلقًا، ولهما ذلكَ حتىٰ يَثْبُتَ شراؤُهما؛ صارَ كأنَّ البائِعَيْنِ حضَرَا وادَّعَيَا مِلْكًا مطلقًا في هذه الدَّارِ.

ولو ادَّعَيَا مِلْكًا مطلقًا في الدَّار: كانَ الجوابُ علىٰ التفصيل الذي ذَكَرْنا، فكذلكَ هذا، بخلافِ ما لوِ ادَّعَيَا الشِّرَاءَ مِن واحدٍ؛ لأنَّهُ لَا حاجةَ هنا إلىٰ إثباتِ المِلْكِ للبَائعِ؛ لأنَّ المِلْكَ للبَائعِ ثابتٌ باتفاقِهما، وحاجةُ كُلِّ واحدٍ منهما إلىٰ إثباتِ سببِ النقلِ إلىٰ نفسِه.

فإذا اسْتَوَيَا وتعذَّرَ ترجيحُ أحدِهما علىٰ الآخرِ؛ يُقْضَىٰ بينهما نصْفَيْنِ، وإنْ أمْكَنَ [١٢/١٧٧ظ/د] ترجيحُ أحدِهما علىٰ الآخرِ؛ قضَيْنا بالراجحِ. هذا كلُّه ممَّا ذكرَه شيخُ الإسلامِ خُوَاهَر زَادَه في «**مبسوطِهِ**» في بابِ الدعوىٰ في الشِّرَاء، والصَّدَقَة، والوقتِ في ذلكَ.

قولُه: (وَإِنْ قَضَىٰ الْقَاضِي بِهِ بَيْنَهُمَا، فقالَ أَحَدُهُمَا: لَا أَخْتَارُ؛ لَمْ يَكُنْ لِلْآخَرِ أَنْ يَأْخُذ جَمِيعَهُ)، هذا لفْظُ القُدُورِيِّ في «**مختصرِهِ**»[1]، وقد مَرَّ البيانُ آنفًا.

قولُه: (وَنَظِيرُهُ: تَسْلِيمُ أَحَدِ الشَّفِيعَيْنِ قَبْلَ الْقَضَاءِ)، **أي**: نظيرُ إذا ما قالَ أحدُ المُدَّعِيَيْنِ لَا أَخْتَارُ الأَخْذَ قبْلَ تخْيير القاضي - حيثُ يَكُونُ للآخرِ أخْذُ الجميع -: **(تَسْلِيمُ أَحَدِ الشَّفِيعَيْنِ قَبْلَ الْقَضَاءِ)**، يَعْنِي: إذا سَلَّمَ أحدُ الشفِيعَيْنِ الشُّفْعَةَ قبْل قَضَاءِ القاضي؛ كانَ جميعُ ذلكَ للآخرِ.

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢١٥].

وَلَمْ يُفْسَخْ سَبَبُهُ، وَالْعَوْدُ إِلَى النِّصْفِ لِلْمُزَاحَمَةِ وَلَمْ يُوجَدْ، وَنَظِيرُهُ: تَسْلِيمُ أَحَدِ الشَّفِيعَيْنِ قَبْلَ الْقَضَاءِ، وَنَظِيرُ الْأَوَّلِ: تَسْلِيمُهُ بَعْدَ الْقَضَاءِ.

وَلَوْ ذَكَرَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا تَارِيخًا: فَهُوَ لِلْأَوَّلِ مِنْهُمَا؛ لِأَنَّهُ أَثْبَتَ الشِّرَاءَ فِي زَمَانٍ لَا يُنَازِعُهُ فِيهِ أَحَدٌ، فَانْدَفَعَ الْآخَرُ بِهِ، وَلَوْ وَقَّتَتْ إِحْدَيْهِمَا وَلَمْ يُوَقَّتِ الْأُخْرَى فَهُوَ لِصَاحِبِ الْوَقْتِ لِثُبُوتِ مِلْكِهِ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ، وَاحْتَمَلَ الْآخَرُ أَنْ يَكُونَ قَبْلَهُ أَوْ بَعْدَهُ فَلَا يَقْضِي لَهُ بِالشَّكِّ.

وَإِنْ لَمْ يَذْكُرَا تَارِيخًا وَمَعَ أَحَدِهِمَا قَبْضٌ؛ فَهُوَ أَوْلَى، وَمَعْنَاهُ أَنَّهُ فِي يَدِهِ؛

غاية البيان

قولُه: (وَنَظِيرُ الْأَوَّلِ: تَسْلِيمُهُ بَعْدَ الْقَضَاءِ)، أي: نظيرُ ما إذا قالَ أحدُ المُدَّعِيَيْنِ للشِّرَاءِ: لَا أَخْتَارُ الأخذَ بعدَ قَضَاءِ القاضي ـ حيثُ لَا يَكُونُ للآخرِ أنْ يَأْخُذَ جميعَه ـ: تسليمُ أحدِ الشفِيعَيْنِ الشُّفْعَةَ بعدَ قَضَاءِ القاضي بالدار بينهما ـ لَمْ يَكُنْ للآخرِ أنْ يَأْخُذَ نصيبَه؛ لأنَّ القاضيَ [٦/١١٤ظ/م] قدْ أبطلَ شُفْعَةَ كُلِّ واحدٍ منهما فيما قضَى بهِ للآخر[1]. كذا في «شرحِ الأقطعِ».

قولُه: (وَلَوْ ذَكَرَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا تَارِيخًا: فَهُوَ لِلْأَوَّلِ مِنْهُمَا)، هذا لفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصرِه»[2]، وقد مَرَّ [١٢/١٧٨و/د] البيانُ، وذلك لأنَّا لَمَّا حَكَمْنا بالبَيْعِ للأولِ مَلَكَه الأولُ، فيَكُونُ البَائِعُ بعدَ ذلك بائعًا مِلْكَ غيرِه [٢/٣٦٠و]، فلَا يَصِحُّ، فإذا ذكرَ أحدُهما التاريخَ ولَمْ يَذْكُرِ الآخرُ؛ كانَ صاحبُ التاريخِ أَوْلَى؛ لأنَّ تقدُّمَ شرائِه على زمانِ الدعوى ثَبَتَ بذِكْرِ التاريخِ، فبَقِيَ مع الآخرِ مَعْنًى حادثٌ، لَا يُعْلَمُ تاريخُه، فيُحْكَمُ بهِ للحالِ، فكانَ المتقدمُ[3] أَوْلَى.

قولُه: (وَإِنْ لَمْ يَذْكُرَا تَارِيخًا وَمَعَ أَحَدِهِمَا قَبْضٌ؛ فَهُوَ أَوْلَى)، هذا لفْظُ

(١) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٢٨٤].
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢١٥].
(٣) وقع بالأصل: «التقدم». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

لِأَنَّ تَمَكُّنَهُ مِنْ قَبْضِهِ يَدُلُّ عَلَىٰ سَبْقِ شِرَائِهِ، ولِأَنَّهُمَا اسْتَوَيَا فِي الْإِثْبَاتِ فَلَا تُنْقَضُ الْيَدُ الثَّابِتَةُ بِالشَّكِّ، وَكَذَا لَوْ ذَكَرَ الْآخَرُ وَقْتًا لِمَا بَيَّنَّا. إِلَّا أَنْ يَشْهَدُوا أَنَّ [٧٦/و] شِرَاءَهُ كَانَ قَبْلَ شِرَاءِ صَاحِبِ الْيَدِ؛ لِأَنَّ الصَّرِيحَ يَفُوقُ الدِّلَالَةَ.

وَإِنِ ادَّعَىٰ أَحَدُهُمَا شِرَاءً، وَالْآخَرُ هِبَةً وَقَبْضًا مَعْنَاهُ مِنْ وَاحِد وَأَقَامَا بَيِّنَةً

غاية البيان

القُدُورِيِّ في «**مختصرِهِ**»(١).

قالَ صاحبُ «الهدايةِ»: **(مَعْنَاهُ أَنَّهُ فِي يَدِهِ)**، أي: معنىٰ قولِه: **(وَمَعَ أَحَدِهِمَا قَبْضٌ)**، وقد مَرَّ البيانُ مُسْتَقْصًى.

قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّين الأَسْبِيْجَابيُّ في «**شرحِ الكافي**» للحاكمِ الشهيدِ: «وإنْ لَمْ يُوَقِّت واحدةً منهما وقتًا، وكانَتِ الدَّارُ في يدِ أحدِ المُدَّعِيَيْنِ قدْ قبَضَها؛ قضيْتُ بها للذي في يدَيْه؛ لأنَّ القَبْضَ دلالةُ السبقِ في حقِّه؛ لأنَّ القَبْضَ إنَّما يَقَعُ صحيحًا إذا تقدَّمَه عَقْدٌ، فكانَ أَوْلَىٰ، ورَدَّ البَائِعُ الثَّمَنَ على الآخرِ.

فإنْ شَهِدَ شهودُ الآخرِ علىٰ وَقْتٍ لَمْ يَنْتَفِعْ بهِ إلَّا أنْ يَشْهَدُوا أنَّ بَيْعَه كانَ قبْلَ الآخرِ، فأقْضِي بها له؛ لأنَّهُ متىٰ ثَبَتَ المِلْكُ لهُ في وَقْتٍ [١٢/١٧٨ظ/د] سابقٍ علىٰ وَقْتِ الآخرِ؛ لَا يَثْبُتُ الثاني إلَّا بدعوىٰ التلقِّي مِنْ قِبَلِه».

قولُه: (قَالَ: وَإِنِ ادَّعَىٰ أَحَدُهُمَا شِرَاءً، وَالْآخَرُ هِبَةً وَقَبْضًا)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «**مختصرِهِ**»، وتمامُه فيه: «وأقاما بَيِّنَةً ولا تاريخَ معهما؛ فالشراءُ أَوْلَىٰ»(١).

قالَ صاحبُ «الهدايةِ»: **(مَعْنَاهُ مِنْ وَاحِدٍ)**، أي: معنىٰ قولِه: **(ادَّعَىٰ أَحَدُهُمَا شِرَاءً، وَالْآخَرُ هِبَةً وَقَبْضًا)**، دعواهما تَلَقِّي المِلْكِ بسببَيْنِ مختلفيْنِ مِن رَجُلٍ واحدٍ؛ لأنَّهُ إذا ادَّعَىٰ كُلُّ واحدٍ منهما تَلَقِّي المِلْكِ مِن رَجُلٍ آخرَ؛ يَكُونُ بينهما نصْفَيْنِ، فلَا يَكُونُ الشِّرَاءُ أَوْلَىٰ، وسيَجِيءُ بيانُ ذلكَ عند قولِه: **(وَلَوِ ادَّعَىٰ أَحَدُهُمَا**

---
(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢١٥].

الشِّرَاءَ مِنْ رَجُلٍ، وَالْآخَرُ الْهِبَةَ وَالْقَبْضَ مِنْ غَيْرِهِ).

قال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّين الأَسْبِيْجَابيُّ رحمه الله في «**شرحِ الكافي**» للحاكمِ الشهيدِ رحمه الله: «وإذا كانَتْ دَابَّةٌ في يَدَيْ رَجُلٍ، فأقامَ رَجُلٌ [٦/١١٥و/م] البَيِّنَةَ أنَّها دابته اشتراها مِن فلانٍ بثَمَنٍ مُسمًّى، وَنَقَدَ الثَّمَنَ وقبَضَ الدَّابَّةَ، وأقامَ الآخرُ البَيِّنَةَ أنَّ فلانًا ذلكَ وهبَها له، وقبَضَها منه؛ قُضِيَ بهِ لصاحبِ الشِّرَاءِ؛ لأنَّهما إذا لَمْ يُؤَرِّخا صارَ كأنَّهما وَقَعَا معًا، والشِّرَاءُ أقوىٰ منَ الهِبَةِ؛ لأنَّهُ يقْبَلُ المِلْكَ بنفسِه، والهِبَةُ لَا تقْبَلُ المِلْكَ بدونِ القَبْضِ.

وكذلكَ الشِّرَاءُ أَوْلَىٰ مِنَ الصَّدَقَةِ، والرَّهْنِ، والنِّكَاحِ عليها في قولِ محمدٍ رحمه الله، وكذلكَ قولِ [١٢/١٧٩و/د] أبي يوسفَ، إلَّا في الشِّرَاءِ والنِّكَاحِ؛ فإنها تَكُونُ بينهما نصْفَيْنِ، والرَّهْنُ أَوْلَىٰ مِنَ الهِبَةِ والصَّدَقَةِ، والنِّكَاحُ أَوْلَىٰ مِنَ الهِبَةِ والصَّدَقَةِ، والصَّدَقَةُ والهِبَةُ سواءٌ.

أبو يوسفَ رحمه الله **يَقُولُ**: الشِّرَاءُ والنِّكَاحُ يستويان في إفادةِ المِلْكِ مِن غيرِ توقُّفٍ فتعارَضَا.

ومحمدٌ رحمه الله **يَقُولُ**: التعارُضُ عندَ تعَذُّرِ العملِ بهما، وقد أمْكَنَ ذلكَ؛ لأنَّ الشِّرَاءَ لَا يَمْنَعُ التزوُّجُ عليها، إلَّا أنَّ التزوُّجَ علىٰ دَابَّةِ الغيرِ صحيحٌ، ويَدْفَعُ قيمتَها، فمتىٰ أمْكَنَ الجمعُ بينهما يُعْمَلُ بهما[١].

والرَّهْنُ أَوْلَىٰ مِنَ الهِبَة علىٰ هذه الروايةِ، ورُوِيَ عنْ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: **أنَّ الهِبَةَ أَوْلَىٰ**.

---

(١) ينظر: «بدائع الصنائع» [٦/٢٣٩]، «المحيط البرهاني» [٩/٤٩]، «البناية شرح الهداية» [٩/٣٨٨].

وَلَا تَارِيخَ مَعَهُمَا فالشِّرَاءُ أَوْلَى؛ لِأَنَّ الشِّرَاءَ أَقْوَى لِكَوْنِهِ مُعَاوَضَةً مِنَ الْجَانِبَيْنِ،

وَجْه هذه الرواية: أن الشَّهَادَة على الرَّهْن تُثْبت مِلْكًا مَضْمُونًا، والشَّهَادَةُ على الهِبَة تُثْبِت المِلْكَ بغير ضَمَان، فكانت تلك أكثر إثباتًا.

وَوَجْه الروايةِ الثانيةِ: أنَّ الهِبَةَ تُثْبِتُ المِلْكَ، والرَّهْنُ يُثْبِتُ اليدَ، والمِلْكُ أقوى مِنَ اليدِ، فكانت أَوْلَى». إلى هنا لَفْظُ شيخِ الإسلامِ المذكور.

قولُه: (وَلَا تَارِيخَ مَعَهُمَا)، فيه تفصيلٌ ذكرَه شيخُ الإسلامِ أبو بكرٍ المعروفُ بخُوَاهَر زَادَه في «مبسوطِهِ» فقالَ: «إذا ادَّعَيَا مِنْ جهةٍ [١٧٩/١٢ظ/د] واحدٍ [٣٦٠/٢ظ]، والعينُ في يدِ ثالثٍ، إنْ لَمْ يُؤَرِّخا، أوْ أَرَّخَا وتارِيخُهما على السواءِ؛ فالشراءُ أَوْلَى حتى يُقْضَى بالدارِ لمُدَّعِي الشِّرَاءِ، ولا يُقْضَى لمدعي الهِبَة بشيءٍ، إنْ كانَ ما وقَع فيهِ الدعوى مما لَا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ لوجهَيْنِ:

أحدُهما: أنَّ الشِّرَاءَ سابقٌ على الهِبَةِ مِنْ حيثُ المعنى، فيُعْتَبرُ بما لوْ كانَ سابقًا حقيقةً، بأنْ أَرَّخَ صاحبُ الشِّرَاء منذُ سَنَةٍ، ولَمْ يُؤَرِّخِ الآخرُ، فلوْ كانَ كذلكَ؛ كانَ الشِّرَاءُ أَوْلَى، فكذا هنا.

وإنما قلْنا بأنَّ الشِّرَاءَ سابقٌ مِنْ حيثُ المعنى؛ لأنَّ العقديْنِ قدْ ظهَرا، وجُهِلَ التاريخُ بينهما، فيُجْعَلُ كأنَّهما وَقَعَا معًا، ولوْ وَقَعَا معًا؛ كانَ الشِّرَاءُ سابقًا؛ لأنَّ الشِّرَاءَ يُوجِبُ المِلْكَ لنفسِه، والهِبَةُ لَا تُوجِب المِلْكَ بنفسِها، وإنما [١١٥/٦ظ/م] تُوجِب بِالقَبْضِ، فيَصِيرُ الشِّرَاءُ سابقًا مَعْنًى مِنْ هذا الوجهِ.

والثاني: أنَّ الشِّرَاءَ يُوجِبُ المِلْكَ بعِوَضٍ، والهِبَةُ بغيرِ عِوَضٍ، فإذا احتَجْنا إلى نَقْضِ أحدِهما؛ كانَ نقْضُ ما يُوجِبُ المِلْكَ بغيرِ عِوَضٍ - وفيه تقليلُ النقضِ - أَوْلَى مِنْ نقْضِ الذي بعِوَضٍ وفيه تكثيرُ النقضِ، فصارَ الشِّرَاءُ أَوْلَى بهذيْنِ الوجهَيْنِ.

وهذا بخلافِ ما إذا ادَّعَيَا ذلكَ مِنْ جهةِ اثنينِ؛ فإنَّه يُقْضَى بينهما نصفَيْنِ إنْ

وَلِأَنَّهُ يَثْبُتُ الْمِلْكُ بِنَفْسِهِ وَالْمِلْكُ فِي الْهِبَةِ يَتَوَقَّفُ عَلَى الْقَبْضِ، وَكَذَا الشِّرَاءِ

كانَ [١٢/١٨٠و/د] ما وقَع فيهِ الدعوىٰ مما لَا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ، وإنْ كانَ الشِّرَاءُ سابقًا مِنْ حيثُ المعنىٰ؛ لأَنَّا نَعْتَبِرُ السبقَ مِنْ حيثُ المعنىٰ بالسبقِ مِنْ حيثُ الحقيقةُ، ولوْ كانَ السبقُ ثابتًا مِنْ حيثُ الحقيقةُ، بأنْ أَرَّخَ صاحبُ الشِّرَاءِ، ولَمْ يُؤَرِّخِ الآخرُ، كانَ بينهما نصفَيْنِ إذا ادَّعَيَا مِنْ جهةِ اثنينِ، فكذا إذا اعْتُبِرَ سابقًا مِنْ حيثُ المعنىٰ.

ولوِ ادَّعَيَا مِنْ جهةٍ واحدةٍ، يُعْتَبرُ السبقُ مِنْ حيثُ المعنىٰ بالسبقِ مِنْ حيثُ الحقيقةُ، ولو ثَبتَ السبقُ مِنْ حيثُ الحقيقةُ؛ كانَ الشِّرَاءُ أَوْلَىٰ، فكذا إذا ثَبتَ مِنْ حيثُ المعنىٰ، وإنْ أَرَّخَ أحدُهما، ولَمْ يُؤَرِّخِ الآخرُ، فالمؤرِّخُ أَوْلَىٰ أَيُّهما كانَ، فإنْ كانَ المُؤَرِّخُ هوَ المُشْتَرِي، فلَا إشكالَ؛ لأَنَّ الشِّرَاءَ مِنْ غيرِ تاريخٍ أَوْلَىٰ، فمَعَ التاريخِ أَوْلَىٰ، وإنْ كانَ أَرَّخَ الهِبَةَ فالهبةُ أَوْلَىٰ؛ لأنَّ الشِّرَاءَ متأخِّرٌ مَعْنًىٰ، فيُعْتَبرُ بما لوْ كانَ متأخِّرًا حقيقةً، بأنْ أَرَّخَ صاحبُ الشِّرَاءِ منذُ ستةِ أشهرٍ، وصاحبُ الهِبَةِ منذُ سَنَةٍ.

وإنما قلْنا ذلك؛ لأنَّ الشِّرَاءَ حادثٌ، والأصلُ في الحوادثِ ـ إذا لَمْ يُعْرَفْ حالُ حدوثِها ـ أنَّهُ يُحْكَمُ بحدوثِها لأقربِ ما ظهَرَ، إذا لَمْ يُعْرَفْ تقدُّمُها علىٰ وَقْتِ ظهورِها [١٢/١٨٠ظ/د]، إذا لَمْ يتَضَمَّنْ الحُكْمُ بحدوثِها[١] للحالِ نقْضَ ما هوَ ثابتٌ مِنْ حيثُ العيانُ.

والحُكْمُ بحدوثِ الشِّرَاءِ للحالِ لَا يتَضَمَّنُ نقْضَ ما هوَ ثابتٌ مِنْ حيثُ الحقيقةُ والعِيَانُ، فيُعْتَبرُ حادثًا للحالِ، وإذا اعْتُبِرَ حادثًا للحالِ؛ صحَّ قولُنا: إنَّ الشِّرَاءَ متأخِّرٌ مَعْنًىٰ مِنَ الهِبَةِ، فتَكُونُ الهِبَةُ أَوْلَىٰ.

وإنْ أَرَّخَا وتاريخُ أَحدِهما سابقٌ، فالسابقُ أَوْلَىٰ أَيُّهما كانَ؛ لأنَّ الثابتَ بِالبَيِّنَةِ

(١) وقع بالأصل: «حدوثها». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

وَالصَّدَقَةِ مَعَ الْقَبْضِ لِمَا بَيَّنَّا.

غاية البيان

العادلةِ كالثابتِ مُعَايَنَةً، وإنْ كانَتِ العينُ في يدِ أحدِهما إنْ لَمْ يُؤَرِّخا، أوْ أَرَّخا وتارِيخُهما على السواءِ، فذو اليدِ أَوْلَى [١١٦/٦و/م] أيُّهما كانَ؛ لأنَّهما اسْتَوَيَا في إثباتِ الِاسْتِحْقَاقِ على ثالثٍ، ولأحدِهما يَدٌ، فيترَجَّحُ باليدِ.

وإنْ أَرَّخَ أحدُهما، فكذلكَ صاحبُ اليدِ أَوْلَى؛ لأنَّ يدَه ثابتٌ بيقينٍ، ووقَعَ الشكُّ في نَقْضِه، فلَا ننْقُضُه بالشكِّ، ولَا يُعْتَبَرُ حادثًا للحالِ وإنْ لَمْ يَكُنْ لذي اليدِ تاريخٌ، وإنْ كانَ الأصلُ في الحوادثِ أنَّهُ يُحْكَمُ بحدوثِها لأقربِ ما ظَهَرَ، إذا لَمْ يُعْرَفْ حالُ حدوثِها؛ لأنَّ هذا هكذا إذا لَمْ يتَضَمَّنْ نقْضَ ما هوَ ثابتٌ مِنْ حيثُ العِيَانُ.

وإنْ أَرَّخَا وتاريخُ أحَدِهما أسبقُ؛ فإنه يُقْضَى لأسبقِهما تاريخًا أيُّهما كانَ، ويُنْقَض يُ ذي اليدِ؛ لأنَّا لوْ نقَضْنا يدَه؛ نقَضْنا يدَه بيقينٍ [١٨١/١٢و/د]، لَا بالاحتمالِ، والثابتُ بيقينٍ يَجُوزُ أنْ يُنْقَضَ باليقينِ.

فأمَّا لَا يَجُوزُ أنْ يُنْقَضَ بالاحتمالِ، وإنْ كانَ في أيدِيهما؛ فإنه يُقْضَى بينهما نصفَيْنِ في الفصولِ الثلاثةِ؛ لأنَّ يدَ كلِّ [٣٦١/٢و] واحدٍ منهما ثابتٌ في النِّصْفِ، فيُعْتَبرُ بما لوْ كانَ ثابتًا في الكلِّ، ولوْ كانَ ثابتًا في الكلِّ لَمْ يَجُزْ نقْضُ يدِه بالاحتمالِ، فكذا هذا.

وإنْ أَرَّخَا وتأريخُ أحدِهما أسبقُ؛ فإنَّه يُقْضَى لأسبقِهما تاريخًا أيِّهما كانَ، كما لوْ كانَ يدُ أحدهما ثابتًا في الكل تُنْقَضُ يدُه إذا كانَ تاريخُ صاحبِه أسبقَ، فكذا إذا كانَ يدُ كُلِّ واحدٍ منهما ثابتًا في النِّصْفِ.

ثُمَّ إنَّما يُقْضَى نصفَيْنِ في الفصولِ الثلاثةِ إذا كانَ المَقْضِيُّ بهِ ممَّا لَا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ، فأمَّا إذا كانَ ممَّا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ؛ فإنَّه يُقْضَى لمُدَّعِي الشِّرَاء؛ لأنَّ بَيِّنَةَ مُدَّعِي الهِبَة غيرُ مسموعةٍ؛ لأنَّها تُثْبِتُ هِبَةً فَاسِدَةً». كذا قالَ خُوَاهَر زَادَه في «مبسوطِهِ».

وَالْهِبَةُ وَالْقَبْضُ وَالصَّدَقَةُ مَعَ الْقَبْضِ سَوَاءٌ حَتَّىٰ يَقْضِيَ بَيْنَهُمَا لِاسْتِوَائِهِمَا فِي وَجْهِ التَّبَرُّعِ، **وَلَا تَرْجِيحَ بِاللُّزُومِ**؛ لِأَنَّهُ يَرْجِعُ إِلَىٰ الْمَآلِ وَالتَّرْجِيحِ بِمَعْنًىٰ قَائِمٍ فِي الْحَالِ، **وَهَذَا فِيمَا لَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ صَحِيحٌ**.

وَكَذَا فِيمَا يَحْتَمِلُهَا عِنْدَ الْبَعْضِ؛ لِأَنَّ الشُّيُوعَ طَارِئٌ. وَعِنْدَ الْبَعْضِ لَا يَصِحُّ؛ لِأَنَّهُ تَنْفِيذُ الْهِبَةِ فِي الشَّائِعِ[1].

غاية البيان

قولُه: (وَلَا تَرْجِيحَ بِاللُّزُومِ)، جوابٌ عنْ سُؤَالٍ مُقَدَّرٍ بأنْ يُقَالُ: إنَّ الهِبَةَ معَ القَبْضِ، والصَّدَقَةَ معَ القَبْضِ سواءٌ، حتىٰ يَكُونَ العينُ بينَ المُدَّعِيَيْنِ نصفَيْنِ، وكان يَنْبَغِي أنْ تكونَ الصَّدَقَةُ أَوْلَىٰ؛ لأنَّها تُثْبِتُ [١٢/١٨١ظ/د] المِلْكَ اللازمَ مِن الهِبَةِ؛ لأنَّها تُثْبِتُ مِلْكًا غيرَ لازمٍ، فأجابَ عَنْه بما قالَ في الكتابِ، وهوَ أنَّ لزومَ الصَّدَقَةِ باعتبارِ المآلِ، حيثُ لَا يَجُوزُ الرُّجُوعُ فيها، لَا باعتبارِ الحالِ، والترجيحُ إنَّما يَكُونُ بالأمرِ الثابتِ في الحالِ، فلَا تترجَّحُ الصَّدَقَةُ.

علىٰ أنَّا نَقُولُ: الهِبَةُ إذا كانَتْ [٦/١١٦ظ/م] لذي رَحِمٍ مَحْرَمٍ؛ كانَتْ لازمةً أيضًا، وكذا في الأجنبيِّ إذا كانَتْ بشَرْطِ العِوَضِ، فيستويانِ، **فيَنْدَفِعُ السؤالُ**.

قولُه: (وَهَذَا فِيمَا لَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ صَحِيحٌ)، أي: كونُ الهِبَة والصَّدَقَة سواء فيما لَا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ، كالعبدِ والدَّابَّةِ صحيحٌ، هذا بالاتفاقِ.

قولُه: (وَكَذَا فِيمَا يَحْتَمِلُهَا عِنْدَ الْبَعْضِ)، أي: الهِبَةُ والصَّدَقَةُ **سواءٌ أيضًا عندَ** البعضِ، فيما يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ، كالدارِ ونحوِها، ويُقْضَىٰ **بينهما نصفَيْنِ، وهوَ** قولُهما؛ لأنَّ الشيوعَ طارِئٌ، وعندَ البعضِ: لَا يَصِحُّ، **ولا يُقْضَىٰ لهما بشيءٍ، وهوَ** قولُ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه؛ لأنَّهُ تنفيذُ الهِبَةِ في الشائعِ.

قالَ الإمامُ الأَسْبِيجَابيُّ في «شرح الطَّحَاوِيِّ»: «وإنْ كانَ ممَّا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ

(١) زاد بعده في (ط): «وَصَارَ كإقامة البينتين عَلَىٰ الارتهان وَهَذَا أصح».

قَالَ: وَإِذَا ادَّعَىٰ أَحَدُهُمَا الشِّرَاءَ، وَادَّعَتِ امْرَأَةٌ أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا عَلَيْهِ؛ فَهُمَا سَوَاءٌ لِاسْتِوَائِهِمَا فِي الْقُوَّةِ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ يُثْبِتُ الْمِلْكَ بِنَفْسِهِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: الشِّرَاءُ أَوْلَىٰ، وَلَهَا عَلَىٰ الزَّوْجِ الْقِيمَةُ؛ لِأَنَّهُ أَمْكَنَ الْعَمَلُ بِالْبَيِّنَتَيْنِ بِتَقْدِيمِ الشِّرَاءِ، إِذِ التَّزَوُّجُ عَلَىٰ عَيْنٍ مَمْلُوكَةٍ لِلْغَيْرِ صَحِيحٌ، وَيَجِبُ قِيمَتُهُ عِنْدَ تَعَذُّرِ تَسْلِيمِهِ.

غاية البيان

كالدارِ ونحوِها؛ فلَا يُقْضَىٰ لهما بشيءٍ عندَ أبي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ.

وعندَهما: يُقْضَىٰ بها بينهما نصفَيْنِ، ولو كانَ في يدِ أحدهما؛ قُضِيَ لهُ بالإجماعِ»[1]. إلىٰ هنا لَفْظُه رَحِمَهُ اللهُ.

قولُه: (قَالَ [١٢/١٨٢و/د]**: وَإِذَا ادَّعَىٰ أَحَدُهُمَا الشِّرَاءَ، وَادَّعَتِ امْرَأَةٌ أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا عَلَيْهِ؛ فَهُمَا سَوَاءٌ)، أي:** علىٰ هذا العبدِ، يَعْنِي: **يُقْضَىٰ** بالعبدِ بينهما نصفَيْنِ، هذا إذا لَمْ يُؤَرِّخا، أَوْ أَرَّخَا وتارِيخُهما علىٰ السواءِ، وهذا قولُ أبي يوسفَ رَحِمَهُ اللهُ، وعند محمدٍ رَحِمَهُ اللهُ: **الشِّرَاءُ أَوْلَىٰ**[2].

أَمَّا إذا أَرَّخَا وتاريخُ أَحَدِهما أسبقُ، فالسابقُ أَوْلَىٰ، كما في دعوىٰ الهِبَةِ مع الشِّرَاءِ. كذا ذكر خُوَاهَر زَادَه في **«مبسوطِهِ»**.

وَجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أنَّ كُلَّ واحدٍ مِنَ الشِّرَاءِ والنِّكَاحِ يُثْبِتُ المِلْكَ بنفسِه، ولا يَتَوَقَّفُ في إثباتِ المِلْكِ إلىٰ شيءٍ آخرَ، كتوقُّفِ الهِبَةِ والصَّدَقَةِ إلىٰ القَبْضِ، وكُلُّ واحدٍ منهما عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ يتعَلَّقُ بهِ الضَّمَانُ، فاستوَيا في القوَّةِ، فكانا سواءً كالشراءيْنِ.

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق/٤٦٤].

(٢) ينظر: «المبسوط» [٧/٥٩]، «الاختيار» [٢/١١٨]، «الجوهرة النيرة» [٢/١١٤].

وَإِنِ ادَّعَىٰ أَحَدُهُمَا رَهْنًا وَقَبْضًا، وَالْآخَرُ هِبَةً وَقَبْضًا، وَأَقَامَا بَيِّنَةً؛ فَالرَّهْنُ أَوْلَىٰ، وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ، وَفِي الْقِيَاسِ الْهِبَةُ أَوْلَىٰ؛ لِأَنَّهَا تُثْبِتُ الْمِلْكَ وَالرَّهْنُ لَا يُثْبِتُهُ.

غاية البيان

وَجْهُ قول محمد ﷺ: أنَّ تصحيحَ البيّناتِ واجبٌ ما أمْكَنَ حُسْنًا للظنِّ بالشهودِ، فمتىٰ قلْنا بسَبْقِ الشِّرَاءِ؛ صحَّ وصَحَّتِ القسمةُ في النِّكَاحِ؛ لأنَّ التَّزْوِيجَ علىٰ عبدِ الغيرِ صحيحٌ، ومتىٰ قلْنا بسَبْقِ النِّكَاحِ: بَطَلَ البَيْعُ، فإذا كانَ كذلكَ قلْنا بسَبْقِ الشِّرَاءِ؛ لأنَّهُ يُفْضِي إلىٰ تصحيحِ البيِّنَتَيْنِ جميعًا، فكانَ الشِّرَاءُ أَوْلَىٰ، ووجَبَ للمرأةِ [١٢/١٨٢ظ/د] علىٰ الزوجِ قِيمَةُ ذلكَ؛ لأنَّ مَنْ تزَوَّجَ امرأةً علىٰ عبْدِ الغيرِ صحَّ، ووجَبَ القِيمَةُ، فكذلكَ هذا.

قولُه: (وَإِنِ ادَّعَىٰ أَحَدُهُمَا رَهْنًا وَقَبْضًا، وَالْآخَرُ هِبَةً وَقَبْضًا، وَأَقَامَا بَيِّنَةً؛ فَالرَّهْنُ أَوْلَىٰ) [٦/١١٧و/م]، هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصرِه»[(١)].

قالَ في «شرْحِ الأقطع»[(٢)] [٢/٣٦١ظ]: «وهذا استحسانٌ، وذكَرَ في «كتابِ الشهاداتِ»: أنَّ الهِبَةَ أَوْلَىٰ»[(٣)].

وَجْهُ القياسِ: أنَّ الهِبَةَ تُثْبِتُ المِلْكَ، والرَّهْنُ يُثْبِتُ اليدَ، والمِلْكُ أقوىٰ مِن اليدِ، فكانت الهِبَةُ أَوْلَىٰ.

وَوَجْه الاستحسانِ: أنَّ الرَّهْنَ يُثْبِتُ مِلْكًا مَضْمُونًا، ولهذا قلْنا: إنَّ الرَّهْنَ مَضْمُونٌ بالأقلِّ مِنْ قيمتِه ومِنَ الدَّيْنِ، والهِبَةُ تُثْبِتُ مِلْكًا غيرَ مَضْمُونٍ، فكانَ الرَّهْنُ أَوْلَىٰ؛ لأنَّهُ أكثرُ إثباتًا، فصارَ الرَّهْنُ معَ الهِبَةِ كالشراءِ معَ الهِبَةِ.

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢١٥].

(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٢٦٥].

(٣) ينظر: «المبسوط» [٧/٥٩]، «الاختيار» [٢/١١٨]، «تبيين الحقائق» [٤/٣١٧]، «الجوهرة النيرة» [٢/١١٤].

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ: أَنَّ الْمَقْبُوضَ بِحُكْمِ الرَّهْنِ مَضْمُونٌ، وَبِحُكْمِ الْهِبَةِ غَيْرُ مَضْمُونٍ؛ وَعَقْدُ الضَّمَانِ أَقْوَىٰ. بِخِلَافِ الْهِبَةِ بِشَرْطِ الْعِوَضِ؛ لِأَنَّهُ بَيْعٌ انْتِهَاءً وَالْبَيْعُ أَوْلَىٰ مِنَ الرَّهْنِ؛ لِأَنَّهُ عَقْدُ ضَمَانٍ يُثْبِتُ الْمِلْكَ صُورَةً وَمَعْنًىٰ، وَالرَّهْنُ لَا يُثْبِتُهُ إِلَّا عِنْدَ الْهَلَاكِ مَعْنًىٰ لَا صُورَةً، فَكَذَا الْهِبَةُ بِشَرْطِ الْعِوَضِ.

وَإِنْ أَقَامَ الْخَارِجَانِ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمِلْكِ وَالتَّارِيخِ، فَصَاحِبُ التَّارِيخِ الْأَقْدَمِ أَوْلَىٰ؛ لِأَنَّهُ أَثْبَتَ أَنَّهُ أَوَّلُ الْمَالِكِينَ، فَلَا يَتَلَقَّى الْمِلْكَ إِلَّا مِنْ جِهَتِهِ، وَلَمْ يَتَلَقَّ الْآخَرُ مِنْهُ.

غاية البيان

بخلافِ الهِبَةِ بشَرْطِ العِوَضِ، فإنَّها أَوْلَىٰ مِنَ الرَّهْنِ؛ لأنَّها بَيْعٌ انتهاءً، والبَيْعُ أَوْلَىٰ مِن الرَّهْن؛ لأنَّ الرَّهْنَ يُثْبِتُ المِلْكَ بعاقبتِه إذا هلَكَ مَعْنًىٰ لَا صورةً، والبَيْعُ يُثْبِتُه صورةً ومَعْنًىٰ.

قولُه: (وَإِنْ أَقَامَ الْخَارِجَانِ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمِلْكِ وَالتَّارِيخِ، فَصَاحِبُ التَّارِيخِ الْأَقْدَمِ أَوْلَىٰ)، هذا لفْظُ القُدُورِيِّ في «**مختصرِه**»[1].

اعلمْ: أنَّ الاثنينِ إذا تنازعا في عينٍ، وأقامَا جميعًا البَيِّنَةَ، فهذا علىٰ وجْهَيْنِ:

إمَّا إنِ ادَّعَيَا مِلْكًا مطلقًا.

أو [١٢/١٨٣و/د] ادَّعَيَا مِلْكًا بسببٍ - إمَّا بالميراثِ، أوْ بِالشِّرَاءِ - مِن جهةٍ واحدٍ، أوْ مِن جهةِ اثنينِ، والعينُ في يدِ ثالثٍ، أوْ في يدِ أحدِهما، أوْ في أيدِيهما، وكلُّ وَجْهٍ مِن ذلكَ علىٰ أربعةِ أوجهٍ:

إمَّا إنْ أقاما البَيِّنَةَ علىٰ ما ادَّعَيَا، ولَمْ يُؤَرِّخا، أوْ أرَّخَا وتارِيخُهما علىٰ السواءِ، أوْ أرَّخَ أحدُهما ولَمْ يُؤَرِّخِ الآخرُ، أوْ أرَّخَا وتاريخُ أحَدِهما أسبقُ، بأنْ

(١) ينظر: المصدر السابق.

. . . .

أَرَّخَ أحدُهما منذُ سَنَةٍ، والآخرُ منذُ سنتَيْنِ، فإنِ ادَّعَيَا مِلْكًا والعينُ في يدِ ثالثٍ، ولَمْ يُؤَرِّخا، أوْ أَرَّخَا وتارِيخُهما علىٰ السواءِ؛ فإنَّه يُقْضَىٰ بينهما نصفَيْنِ عندَهم جميعًا؛ لاستوائِهما في الدعوىٰ والحُجَّةِ والتاريخِ.

وإنْ أَرَّخَا وتاريخُ أحَدِهما أسبَقُ؛ فعلَىٰ قولِ أبي حَنِيفَةَ ـ وهوَ قولُ أبي يوسفَ الآخرُ، وهوَ قولُ محمدٍ رضي الله عنهم في روايةِ أبي حفصٍ ـ: يُقْضَىٰ لأسبقِهما تاريخًا.

وعلىٰ قولِ أبي يوسفَ الأولِ ـ وهو قولُ محمدٍ في روايةِ أبي سليمانَ ـ: يُقْضَىٰ بينهما نصفَيْنِ، ولا يَكُونُ للتاريخِ عِبْرَةٌ علىٰ قولِهما(١).

قالَ شيخُ الإسلامِ خُوَاهَر زَادَه في «مبسوطِهِ»: «ما ذكرَ في روايةِ أبي حفصٍ عن محمدٍ أنَّهُ يُقْضَىٰ [٦/١١٧ظ/م] لأسبقِهما تاريخًا؛ فهو قولُه الأولُ، وما ذكرَ في رواية أبي سليمانَ أنَّهُ يُقْضَىٰ بينهما نصفَيْنِ؛ فهو قولُه الآخرُ، وقولُه الآخر مع قولِ أبي يوسفَ الأولِ، وقولُه الأولُ مع قولِ [١٢/١٨٣ظ/د] أبي يوسفَ الآخرِ».

وَجْهُ قولِ أبي يوسفَ أوَّلًا ـ وهو قولُ محمدٍ رحمه الله آخرًا ـ: أنَّ دعوىٰ مُطْلَقِ المِلْكِ دعوىٰ أوَّلِيَّةِ [٦/١١٨و/م] المِلْك مِنْ حيثُ الحُكْمُ، كدعوىٰ النِّتَاجِ، حتىٰ يسْتَحِقَّ الأصلُ بالزوائدِ المتصلةِ أو المنفصلةِ جميعًا، ويَرْجِعُ الباعةُ بعضُهم علىٰ بعضٍ، كدعوىٰ النِّتَاجِ.

والتاريخُ في دعوىٰ النِّتَاجِ لغْوٌ علىٰ كلِّ حالٍ أَرَّخَا وتاريخُ أحَدِهما أسبقُ، أوْ علىٰ السواءِ، أوْ أَرَّخَ أحدُهما ولَمْ يُؤَرِّخِ الآخرُ؛ لأنَّ المَقْصُودَ مِن إثباتِ التاريخِ إثباتُ زيادةِ الاسْتِحْقَاقِ [علىٰ](٢) خَصْمِه؛ لتتَرَجَّحَ بَيِّنَتُه علىٰ بَيِّنَةِ خَصْمِه.

---

(١) ينظر: «بدائع الصنائع» [٦/٢٣٦]، «تبيين الحقائق» [٤/٣١٩]، «مجمع الأنهر» [٢/٢٧٦].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

....

وإثباتُ زيادةِ الِاسْتِحْقَاقِ علىٰ آخرَ لَا يُتصَوَّرُ في دعوىٰ النِّتَاج ؛ لأَنَّهُ دعوىٰ أَوَّلِيَّةِ المِلْكِ ، فكذا هذا ، وإذا أُلْغِيَ التاريخُ كما في النِّتَاجِ ؛ صارَ كأَنَّهما لَمْ يُؤَرِّخا ، فيَكُونُ بينهما نصفَيْنِ .

وَوَجْهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ ـ وهو قولُ أبي يوسفَ آخرًا ، وقولُ محمد رضي الله عنهم أوَّلًا ـ: أنَّ صاحبَ التاريخِ الأقدمِ أقامَ البَيِّنَةَ علىٰ أنَّهُ أولُ المالِكين ، وأنَّ العينَ لَا تُسْتَحَقُّ إلَّا مِنْ جهتِه ، وأقامَ الآخرُ بَيِّنَةً علىٰ الِاسْتِحْقَاقِ ، لَا مِن جهتِه ، فلَمْ تُقْبَلْ بَيِّنَتُه كصاحبِ النِّتَاجِ والمِلْكِ المُطْلَقِ .

ولِلشَّافِعِيِّ رضي الله عنه **قولانِ**: في قولٍ: يُعْتَبَرُ السبقُ ، وفي قولٍ: يتساويانِ ، هذا إذا أرَّخَا وتاريخُ أحَدِهما أسبقُ .

فأمَّا إذا أَرَّخَ [١٢/١٨٤و/د] **أحدُهما ولَمْ يُؤَرِّخِ الآخرُ**: فقالَ شيخُ الإسلامِ خُوَاهَر زَادَه في «**مبسوطِهِ**»: «لَمْ يَذْكُرْ محمدٌ هذا الفصلَ في الكتابِ» ، يَعْنِي: في [٣٦٢/٢و] «**المبسوطِ**» .

ثُمَّ قالَ: «وذكرَ الطَّحَاوِيُّ رحمه الله في كتابِه خلافًا فيما بينهم ، فقال: علىٰ قولِ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: يُقْضَىٰ بينهما ، ولا عِبْرةَ للتاريخِ حالةَ الانفرادِ عندَه ، وعلىٰ قولِ محمدٍ رضي الله عنه: يُقْضَىٰ للذي لَمْ يُؤَرِّخْ ، وعلىٰ قولِ أبي يوسفَ رضي الله عنه: يُقْضَىٰ للمُؤَرِّخِ» .

ثُمَّ قالَ شيخُ الإسلامِ: «وذكرَ محمدٌ في كتابِ «**العللِ**»: أنَّهُ يُقْضَىٰ للذي لَمْ يُوَقِّتْ ؛ لأنَّهُ أقدَمُهما تاريخًا» .

وَجْهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ: أنَّ الذي لَمْ يُؤَرِّخْ سابقٌ مِنْ وَجْهٍ علىٰ المُؤَرِّخِ ، ولاحِقٌ مِنْ وَجْهٍ:

أمَّا كونُه سابقًا: لأنَّه ادَّعَىٰ مُطْلَقَ المِلْكِ ، ودعوىٰ مُطْلَقِ المِلْكِ دعوىٰ أَوَّلِيَّةِ

. . . .

المِلْكِ مِنْ حيثُ الحُكْمُ، كدعوىٰ النِّتَاجِ، فيَكُونُ سابقًا علىٰ المُؤَرِّخِ، ولكنَّه يَحْتَمِلُ دعوىٰ التَّمَلُّكِ مِن جهةِ المُدَّعَىٰ قِبَلَه مِنْ حيثُ الحقيقةُ.

فبهذا يُوجِبُ أنْ يَكُونَ لاحقًا عنِ المُؤَرِّخِ، كما لوِ ادَّعَيَا الشِّرَاءَ نصًّا مِنْ واحدٍ، وأَرَّخَ أحدُهما، ولَمْ يُؤَرِّخِ الآخرُ، والعينُ في يدِ ثالثٍ؛ يُجْعَلُ المُؤَرِّخُ سابقًا علىٰ الذي لَمْ يُؤَرِّخْ حتىٰ يُقْضَىٰ له.

فإذا صارَ كُلُّ واحدٍ مِن المُؤَرِّخِ وغيرِ المُؤَرِّخِ سابقًا مِن وَجْهٍ، لاحقًا مِنْ وَجْهٍ؛ اسْتَوَيَا، فجُعِلَ كأنهما مَلَكا معًا [١٢/١٨٤ظ/د]، فسقَطَ اعتبارُ التاريخِ حالةَ الانفرادِ، بخلافِ ما لوْ أَرَّخَا، وتاريخُ أحَدِهما أسبقُ؛ لأنَّهُ سابقٌ مِن كل وَجْهٍ، والآخرُ لاحِقٌ مِنْ كلِّ وَجْهٍ.

وبخلافِ ما لوِ ادَّعَيَا الشِّرَاءَ مِنْ واحدٍ، وأَرَّخَ أحدُهما، والعينُ في يدِ ثالثٍ؛ فإنَّ المُؤَرِّخ أَوْلَىٰ وإنِ احتملَ أنْ يَكُونَ شِرَاءُ الذي لَمْ يُؤَرِّخ سابقًا؛ لأنَّ سَبْق شِرَاء الذي لَمْ يُؤَرِّخ ثابتٌ بالوهمِ مِنْ غيرِ أنْ يَكُونَ علىٰ السبقِ دليلٌ، فلَمْ يَثْبُتِ السبقُ بالوهمِ، فبَقِيَ لاحقًا مِنْ كلِّ وَجْهٍ، فكانَ المُؤَرِّخُ أَوْلَىٰ.

فأمَّا هُنا: فسَبْقُ الذي لَمْ يُؤَرِّخْ علىٰ المُؤَرِّخِ ثابتٌ بدليلِه، فإنَّ دعوىٰ **مُطْلَقِ المِلْكِ** دعوىٰ أَوَّلِيَّةِ المِلْكِ مِنْ حيثُ الحُكْمُ، كدعوىٰ النِّتَاجِ، لكنْ **لاحقٌ باعتبارِ** دعوىٰ التَّمَلُّكِ، كما في دعوىٰ الشِّرَاءِ، فاستوَيا.

وأمَّا ما رَوَىٰ الطَّحَاوِيُّ عنْ محمدٍ رضي الله عنه، وما ذكرَ **في** كتابِ **«العللِ»: أنَّهُ يُقْضَىٰ** للذي لَمْ يُؤَرِّخْ علىٰ قولِ محمدٍ، فهو قولُه الأولُ؛ **لأنَّ علىٰ قولِه الأولِ**: يُعْتَبرُ التاريخُ حالةَ الاجتماعِ، حتىٰ قالَ: «لو أَرَّخَا وتاريخُ **أحَدِهما أسبقُ؛ يُقْضَىٰ** لأسبقِهما تاريخًا».

....

وإذا اعْتُبِرَ التاريخُ على قولِه الأولِ: صارَ الذي لَمْ يُؤَرِّخْ أسبقَهما تاريخًا مِنْ حيثُ المعنىٰ؛ لأَنَّهُ ادَّعَىٰ أَوَّلِيَّةَ المِلْكِ [١٢/١٨٥و/د]، وقد ثَبَتَ السبقُ بدليلِه، وصارَ كما لوْ صارَ علىٰ صاحبِه سابقًا بالتاريخ نصًّا.

فأمَّا علىٰ قوله الآخر: يَجِبُ أنْ يُقْضَىٰ بينهما نصفَيْنِ؛ لأنَّ تاريخَ أحدِهما لوْ ثَبَتَ سابقًا على الآخرِ مِنْ حيثُ النصِّ؛ لَمْ يَكُنْ للتاريخِ عِبْرةٌ، وكان بينهما نصفَيْنِ، فإذا ثَبَتَ سابقًا علىٰ الآخرِ مِنْ حيثُ المعنىٰ لَا مِنْ حيثُ النصِّ؛ أَوْلَىٰ إلَّا يَكُون لها عِبْرةٌ.

وأمَّا علىٰ قولِ أبي يوسفَ ـ فيما رَوَىٰ الطَّحَاوِيُّ عنه ـ: يَسْتَقِيمُ علىٰ قولِه الآخرِ؛ لأَنَّهُ يُعْتَبَرُ التاريخُ **في قولِه الآخرِ، كما في دعوىٰ التَّمَلُّكِ، فيَكُونُ المُؤَرِّخُ** أَوْلَىٰ، كما لوِ ادَّعَيَا التَّمَلُّكَ نصًّا مِن واحدٍ بِالشِّرَاءِ، وأَرَّخَ أحدُهما، ولَمْ يُؤَرِّخِ الآخرُ، والعبدُ في يدِ ثالثٍ.

فأمَّا علىٰ قولِه الأولِ: لَا عِبْرةَ للتاريخِ حالةَ الاجتماعِ، فكذا حالةَ الانفرادِ، فإذا سَقَطَ اعتبارُ [٦/١١٨ظ/م] **التاريخِ علىٰ قولِه الأولِ: صارَ كأنهما لم يُؤَرِّخا أصلًا،** فيَكُونُ بينهما نصفَيْنِ، **هذا الذي ذَكَرْنا إذا كانَ العينُ في يدِ ثالثٍ.**

فأمَّا إذا كانَتْ في يدِ أحدِهما: إنْ لَمْ يُؤَرِّخا، أوْ أرَّخَا [٢/٣٦٢ظ] **وتارِيخُهما** علىٰ السواءِ؛ **فالخارجُ أَوْلَىٰ، أمَّا إذا لَمْ يُؤَرِّخا؛ فلأنّ أحدَهما خارجٌ، والآخرُ ذو** اليدِ، وقد تنازَعا [١٢/١٨٥ظ/د] **في مِلْكٍ مُطْلَقٍ، وكذلك إنْ أرَّخَا وتارِيخُهما علىٰ** السواءِ، فكأنهما لَمْ يُؤَرِّخا، **فيَكُونُ الخارجُ أَوْلَىٰ.**

فأمَّا إذا أرَّخَا وتاريخُ أحَدِهما أسبق: ذَكَرَ في «كتاب الدعوىٰ»: أنَّ علىٰ قولِ أبي حَنِيفَةَ ـ وهو قولُ محمدٍ ﷺ **ـ: يُقْضَىٰ لأسبقِهما تاريخًا، سواءٌ كانَ خارجًا،**

....

غاية البيان

أوْ ذا اليدِ.

وعلى قولِ أبي يوسفَ الأولِ قالَ: يُقْضَى للخارجِ، ثُمَّ رَجَعَ وقالَ: يُقْضَى لأسبقِهما تاريخًا، إنْ كانَ خارجًا فلَا إشكالَ؛ لأنَّ بَيِّنَتَه أكثرُ استحقاقًا مِنْ بَيِّنَةِ ذي اليدِ، فإنه استَحَقَّ عليْهِ المِلْكَ الثابتَ لهُ بظاهرِ اليدِ للحالِ، وزيادةَ مِلْكٍ فيما مضى بقَدْرِ سَنَةٍ، فإنَّ الخارجَ أرَّخَ منذُ سنتيْنِ، وإنْ كانَ أسبقُهما تاريخًا ذا اليدِ، فهوَ أَوْلَى؛ لأنَّ البيِّنَتَيْنِ استوَتا في حقِّ الإثباتِ والاِسْتِحْقَاق، فتَتَرَجَّحُ بَيِّنَةُ ذي اليدِ باليدِ، كما في دعوى النِّتاجِ.

وأمَّا على قولِ أبي يوسفَ الأولِ: يَكُونُ الخارجُ أَوْلَى؛ لأنَّهُ لَا عِبْرةَ للتاريخِ على قولِه الأولِ، فكأنهما لَمْ يُؤَرِّخا، ولوْ لَمْ يُؤَرِّخا كانَ الخارجُ أَوْلَى، وعلى قولِه الآخرِ: للتاريخِ عِبْرةٌ، فيَكُونُ أسبقُهما تاريخًا أَوْلَى أيُّهما كان.

وعلى قولِ محمدٍ: أسبقُهما تاريخًا أَوْلَى على [١٢/١٨٦و/د] قولِه الأولِ؛ لأنَّ للتاريخِ عِبْرةٌ على قولِه الأولِ، فأمَّا على قولِه الآخرِ: فالخارجُ أَوْلَى، وقد رَوَى أصحابُ «**الأمالي**» عن محمدٍ: إنَّ الخارجَ أَوْلَى؛ لأنَّ التاريخَ على قولِه الآخرِ ساقطُ الاعتبارِ، فكانَ ما ذكرَ مِنْ قولِ محمدٍ مع أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنهما قولَه الأولَ.

فأمَّا إذا أرَّخَ أحدُهما، ولَمْ يُؤَرِّخِ الآخرُ؛ فعلى قولِ أبي حَنِيفَةَ: الخارجُ أَوْلَى؛ لأنَّهُ لَا عِبْرةَ للتاريخِ عندَه حالةَ الانفرادِ، كما لوْ كانَ العينُ في يدِ ثالثٍ، وأرَّخَ أحدُهما، إلَّا أنَّهُ متى سَقَطَ اعتبارُ التاريخِ ثَمَّة؛ كانَ بينهما نصفَيْنِ؛ لأنَّهما خارجان.

وهنا إذا سَقَطَ اعتبارُ التاريخِ حالةَ الانفرادِ؛ كانَ الخارجُ أَوْلَى؛ لأنَّ أحدَهما خارجٌ، والآخرُ ذو اليدِ، وقد تنازَعا في مِلْكٍ مُطْلَقٍ.

وأمَّا على قولِ محمدٍ الأولِ: يُقْضَى للذي لَمْ يُؤَرِّخْ؛ لأنَّهُ أسبقُهما تاريخًا

....

باعتبارِ المعنىٰ، وهوَ دعوىٰ أَوَّلِيَّة المِلْكِ.

فأمَّا علىٰ قولِه الآخرِ: لَا عِبْرةَ للتاريخِ، فكأنَّ المُؤَرِّخَ لَمْ يُؤَرِّخْ، فيَكُونُ الخارجُ أَوْلَىٰ.

وأمَّا علىٰ قولِ أبي يوسفَ الأولِ: فلَا عِبْرةَ للتاريخِ، فيَكُونُ الخارجُ [١٢/١٨٦ظ/د] أَوْلَىٰ.

وأمَّا علىٰ قولِه الآخرِ [٦/١١٩و/م]: **يُقْضَىٰ** لذي اليدِ، سواءٌ كانَ التاريخُ لهُ أَوْ للخارجِ؛ لأنَّ التاريخَ عِبْرةٌ علىٰ قولِه الآخرِ، باعتبارِ دعوىٰ التَّمَلُّكِ، وباعتبارِ دعوىٰ التَّمَلُّكِ: ذو اليدِ أَوْلَىٰ علىٰ كلِّ حالٍ، هذا الذي ذَكَرْنا إذا كانَ العينُ في يدِ أحدِهما.

فأمَّا إذا كانَ في أيدِيهما: إنْ لَمْ يُؤَرِّخا، أوْ أَرَّخَا وتارِيخُهما علىٰ السواءِ؛ **يُقْضَىٰ** بينهما نصفَيْنِ؛ لاستوائِهما في الدعوىٰ والحُجَّةِ واليدِ، وإنْ أَرَّخَا، وتاريخُ أحَدِهما أسبقُ؛ **يُقْضَىٰ** لأسبقِهما تاريخًا في قولِ أبي حَنِيفَةَ.

فأمَّا علىٰ قولِ أبي يوسفَ الأولِ: **يُقْضَىٰ** بينهما؛ لأَنَّهُ لَا عِبْرةَ للتاريخِ علىٰ قولِه، وعلىٰ قولِه الآخرِ: للتاريخِ عِبْرةٌ، **فيُقْضَىٰ** لأسبقِهما تاريخًا.

وعلىٰ قولِ محمدٍ الأولِ: **يُقْضَىٰ** لأسبقِهما تاريخًا، فأمَّا علىٰ قولِه الآخرِ: فلَا عِبْرةَ للتاريخِ عندَه، **فيُقْضَىٰ** بينهما نصفَيْنِ، وإن أَرَّخَ[1] أحدُهما؛ فعلىٰ قولِ أبي حَنِيفَةَ: لَا عِبْرةَ للتاريخِ، **فيُقْضَىٰ** بينهما نصفَيْنِ.

وعلىٰ قولِ أبي يوسفَ الأولِ والآخرِ: **يُقْضَىٰ** بينهما نصفَيْنِ، أمَّا علىٰ قولِه

---

(١) وقع بالأصل: «وإن أَرَّخَا». والمثبت من: النسخة الأم «د»، و«ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

. . . .

علىٰ الأولِ: فلأنّه لَا عِبرةَ للتاريخِ، فيُقْضَىٰ بينهما نصفَيْنِ، وأمَّا علىٰ قولِه الآخرِ: التاريخُ وإنْ كانَ مُعْتَبرًا باعتبارِ [١٢/١٨٧و/د] دعوىٰ التَّمَلُّكِ، إلَّا أن في دعوىٰ التَّمَلُّك متىٰ أُرِّخَ والعينُ في أيديهما، أوْ يدِ أحدِهما؛ يُقْضَىٰ بينهما نصفَيْنِ.

وعلىٰ قولِ محمدٍ الأولِ: يُقْضَىٰ للذي لَا تاريخَ لهُ؛ لأنَّهُ أسبقُهما تاريخًا مِنْ حيثُ المعنىٰ، والتاريخُ مُعْتَبرٌ علىٰ قولِه [٢/٣٦٣و] الأولِ، فأمَّا علىٰ قولِه الآخرِ: فلَا عِبْرةَ للتاريخِ، فيُقْضَىٰ بينهما نصفَيْنِ، هذا الذي ذَكَرْنا إذا ادَّعَيَا مِلْكًا مطلقًا.

فأمَّا إذا ادَّعَيَا مِلْكًا بسببٍ، بأنِ ادَّعَيَا[1] تَلَقِّيَ المِلْكِ مِن اثنينِ بالشِّرَاءِ، **أوْ** بالميراثِ؛ فالجوابُ فيهِ كالجوابِ في المِلْكِ المُطْلَقِ؛ لأنَّ كُلّ واحدٍ منهما **يَحْتَاجُ** إلىٰ إثباتِ مِلْكِه لمُمَلِّكِه، فكانَ المُمَلِّكِين حضرَا وادَّعَيَا بأنفسِهما **مِلْكًا مطلقًا**، والعينُ في يدِ ثالثٍ، أوْ في يدِ أحدِهما، أوْ في أيدِيهما؛ فالجوابُ فيهِ **علىٰ التفصيلِ** الذي ذَكَرْنا، كما إذا ادَّعَيَا مِلْكًا مطلقًا.

فأمَّا إذا ادَّعَيَا تَلَقِّيَ المِلْك مِنْ واحدٍ بِالشِّرَاء: إنْ كانَ العينُ **في يدِ ثالثٍ: إنْ** أرَّخَا وتاريخُهم علىٰ السواءِ، أوْ لَمْ يُؤَرِّخا؛ يُقْضَىٰ بينهما نصفَيْنِ؛ **لاستوائِهما في** الدعوىٰ والحُجَّةِ والتاريخِ.

وإنْ [١٢/١٨٧ظ/د] أرَّخَا وتاريخُ أحَدِهما أسبقُ؛ فإنَّه يُقْضَىٰ **لأسبقِهما تاريخًا** عندَهم جميعًا؛ لأنَّ التاريخَ مُعْتَبَرٌ عندَهم جميعًا في دعوىٰ **الشِّرَاء مِن واحدٍ، وإذا** اعْتُبِرَ التاريخُ [٦/١١٩ظ/م] صارَ أسبقُهما تاريخًا أَوْلَىٰ مِن الآخرِ، **كما لوْ ثَبَتَ الشراءانِ** مُعَايَنَةً.

وإنْ أرَّخَ أحدُهما، فالمؤرِّخُ أَوْلَىٰ عندَهم؛ **لأنَّ التاريخَ حالةَ الانفرادِ مُعْتَبَرٌ**

(١) وقع بالأصل: «ثانيًا ادَّعَيَا». والمثبت من: النسخة الأم «د»، و«ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

قَالَ: وَلوِ ادَّعَيَا الشِّرَاءَ مِنْ وَاحِدٍ، مَعْنَاهُ: مِنْ غَيْرِ صَاحِبِ الْيَدِ، وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ عَلَىٰ تَارِيخَيْنِ؛ فَالْأَوَّلُ أَوْلَىٰ لِمَا [٧٦/ظ] بَيَّنَّا أَنَّهُ أَثْبَتَهُ فِي وَقْتٍ لَا مُنَازِعَ لَهُ فِيهِ.

غاية البيان

في دعوىٰ الشِّرَاء مِن واحدٍ، فيَكُونُ المُؤَرِّخُ أَوْلَىٰ؛ لأنَّ شِرَاءَ الذي لَمْ يُؤَرِّخْ لاحِقٌ مِنْ حيثُ الحُكْمُ؛ لأنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ سبْقُ شرائِه بدليلٍ، وسَبْقُ شِرَاءِ المُؤَرِّخِ ثابتٌ بالتاريخِ، فكانَ الذي لَا تاريخَ لهُ لاحقًا.

فأمَّا إذا كانَ في يدِ أحدهما: فذو اليدِ أَوْلَىٰ، إلَّا أنْ يُؤَرِّخا، وتاريخُ أحَدِهما أسبقُ، فالسابقُ أَوْلَىٰ؛ لأنَّ يدَ ذي اليدِ[1] ثابتٌ بيقينٍ، فلَا تُنْقَضُ يدُه بالشكِّ، وإنْ كانَ في أيدِيهما فهوَ بينهما نصفانِ، إلَّا إذا أرَّخا، وتاريخُ أحَدِهما أسبقُ؛ لأنَّ يدَ كُلِّ واحدٍ منهما ثابتٌ مِنْ حيثُ الحقيقةُ، فلَا يَنْقُضُه بالشكِّ. كذا ذكرَ شيخُ الإسلامِ أبو بكرٍ المعروفُ بخُوَاهَر زَادَه في أولِ بابِ الدعوىٰ في المِيرَاث مِن «**مبسوطِه**».

[١٢/١٨٨و/د] **قولُه: (قَالَ: وَلوِ ادَّعَيَا الشِّرَاءَ مِنْ وَاحِدٍ، مَعْنَاهُ: مِنْ غَيْرِ صَاحِبِ الْيَدِ، وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ عَلَىٰ تَارِيخَيْنِ؛ فَالْأَوَّلُ أَوْلَىٰ)**، أي: قالَ القُدُورِيُّ ﵀ في «**مختصرِه**»[2]، وذلك لأنَّ الثابتَ بِالبَيِّنَةِ كالثابتِ مُعَايَنَةً، فلو ثَبَتَ السبقُ مُعَايَنَةً؛ كانَ السابقُ أَوْلَىٰ، فكذلكَ إذا ثَبَتَ بِالبَيِّنَةِ.

وقولُ صاحبِ «**الهدايةِ**» في تفسير قولِ القُدُورِيِّ: (**[مَعْنَاهُ]**[3]: **مِنْ غَيْرِ صَاحِبِ الْيَدِ**)، **فيهِ نَظَرٌ**؛ لأنَّ معنىٰ دعوىٰ الشِّرَاءِ مِنْ واحدٍ: دعوىٰ تَلَقِّي الشِّرَاء مِنْ واحدٍ لَا مِن اثنينِ، وذلكَ الواحدُ هوَ الثالثُ.

ثُمَّ بعْدَ ذلكَ لَا يَخْلُو: إمَّا أنْ تَكُونَ العينُ التي وقَعَ فيها الدعوىٰ في يدِ ذلكَ

(١) وقع بالأصل: «ذا اليد». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢١٥].
(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

وَإِنْ أقامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْبَيِّنَةَ عَلَىٰ الشِّرَاءِ مِنْ آخَرَ، وَذَكَرَا تَارِيخًا؛ فَهُمَا سَوَاءٌ؛ لِأَنَّهُمَا يُثْبِتَانِ الْمِلْكَ لِبَائِعِيهِمَا، فَيَصِيرُ كَأَنَّهُمَا حَضَرَا، ثُمَّ يُخَيَّرُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَمَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ.

وَلَوْ وَقَّتَتْ إِحْدَىٰ الْبَيِّنَتَيْنِ وَقْتًا، وَلَمْ تُؤَقِّتِ الأُخْرَىٰ؛ قُضِيَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ؛

غاية البيان

الثالثِ، أوْ في يدِ أحدِهما، أوْ في أيديهما، ولا معنىٰ لقولِه: (مَعْنَاهُ: مِنْ غَيْرِ صَاحِبِ الْيَدِ). وتمامُ البيانِ مَرَّ عندَ قولِه: (وَلوِ ادَّعَىٰ اثْنَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهُ اشْتَرَىٰ مِنْهُ هَذَا الْعَبْدَ).

قولُه: (وَإِنْ أقامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْبَيِّنَةَ عَلَىٰ الشِّرَاءِ مِنْ آخَرَ، وَذَكَرَا تَارِيخًا؛ فَهُمَا سَوَاءٌ)، **أي**: قالَ أحدُ الخارجينَ: اشتريتُه مِنْ زيدٍ، والآخرُ قال: اشتريتُه مِنْ عَمْرٍو، وذكَرَا تاريخًا واحدًا؛ كانَ بينهما لاستوائِهما، وإنْ كانَ تاريخُ أحدِهما أسبقُ؛ كانَ أَوْلَىٰ علىٰ قولِ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه، وهوَ قولُ أبي يوسفَ رحمه الله آخِرًا، وهوَ قولُ محمدٍ رحمه الله في روايةِ أبي حفصٍ[1].

وعلىٰ قولِ أبي يوسفَ الأولِ: يُقْضَىٰ بينهما نصفَيْنِ، وذلك لأنَّهما يُثْبِتانِ المِلْكَ لبائِعِهما، فصارَ كأَنَّ البائِعَيْنِ حضَرَا وادَّعَيَا مِلْكًا مطلقًا بأنفسِهما، والحُكْمُ في دعوىٰ المِلْكِ المُطْلَقِ ذلكَ، فكذا هنا، وقدْ مَرَّ [٦/١٢٠و/م] ذلكَ عندَ قولِه: **(وَإِنْ أقامَ الْخَارِجَانِ[2] الْبَيِّنَةَ عَلَىٰ الْمِلْكِ وَالتَّارِيخِ)**، وعندَ قولِه: **(وَلوِ ادَّعَىٰ اثْنَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا: أَنَّهُ اشْتَرَىٰ مِنْهُ هَذَا الْعَبْدَ)**.

قولُه: (وَلَوْ [٢/٣٦٣ظ] وَقَّتَتْ [١٢/١٨٨ظ/د] إِحْدَىٰ الْبَيِّنَتَيْنِ وَقْتًا، وَلَمْ تُؤَقِّتِ الأُخْرَىٰ؛ قُضِيَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ)، هذا لفْظُ القُدُورِيِّ في **«مختصرِه»**[3]، **يَعْنِي**: إذا

(١) ينظر: «بدائع الصنائع» [٦/٢٣٨]، «الجوهرة النيرة» [٢/٢١٤]، «اللباب في شرح الكتاب» [٤/٣٥].
(٢) وقع بالأصل: «الخارجين». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».
(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢١٥].

لِأَنَّ تَوْقِيتَ أَحَدِهِمَا لَا يَدُلُّ عَلَىٰ تَقَدُّمِ الْمِلْكِ لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ الْآخَرُ أَقْدَمَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْبَائِعُ وَاحِدًا؛ لِأَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلَىٰ أَنَّ الْمِلْكَ لَا يُتَلَقَّىٰ إِلَّا مِنْ جِهَتِهِ، فَإِذَا أَثْبَتَ أَحَدُهُمَا تَارِيخًا يُحْكَمُ بِهِ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ أَنَّهُ تَقَدَّمَ شِرَاءُ غَيْرِهِ.

وَلوِ ادَّعَىٰ أَحَدُهُمُ الشِّرَاءَ مِنْ رَجُلٍ، وَالْآخَرُ الْهِبَةَ وَالْقَبْضَ مِنْ غَيْرِهِ، وَالثَّالِثُ الْمِيرَاثَ مِنْ أَبِيهِ، وَالرَّابِعُ الصَّدَقَةَ وَالْقَبْضَ مِنْ آخَرَ؛ قُضِيَ بَيْنَهُمْ أَرْبَاعًا؛ لِأَنَّهُمْ يَتَلَقَّوْنَ الْمِلْكَ مِنْ بَاعَتِهِمْ[1] فَيُجْعَلُ كَأَنَّهُمْ حَضَرُوا وَأَقَامُوا الْبَيِّنَةَ عَلَىٰ الْمِلْكِ الْمُطْلَقِ.

غاية البيان

ادَّعَىٰ الخارجانِ شِرَاءَ كُلِّ واحدٍ مِن رَجُلٍ آخرَ، وأقامَ البَيِّنَةَ، وأرَّخَ أحدُهما دونَ الآخرِ؛ قُضِيَ بينهما نصفَيْنِ، كما إذا ادَّعَيَا مِلْكًا مطلقًا، والحُكْمُ فيما إذا كانَ العينُ في يدِ ثالثٍ، أوْ في يدِ أحدِهما، أوْ في أيدهما: سواءٌ، وذلكَ لأنَّ المُشْتَرِيَيْنِ يَحْتَاجُ كُلُّ واحدٍ منهما إلىٰ إثباتِ المِلْكِ لبائعِه مِلْكًا مطلقًا؛ لأنَّ المِلْكَ غيرُ ثابتٍ لبائعِه باتفاقِ خَصْمِه، فصارَ كأنَّ البائِعَيْنِ حضَرا وادَّعَيَا مِلْكًا مطلقًا، فتوْقِيتُ أحدِهما لَا يَدُلُّ علىٰ سَبْقِ مِلْكِ بائعِه، فلعلَّ مِلْكَ بَائِعِ الآخرِ أقدمُ.

بخلافِ ما لوِ ادَّعَيَا الشِّرَاءَ مِنْ واحدٍ؛ لأنَّهُ لَا حاجةَ هنا إلىٰ إثباتِ المِلْكِ للبَائِعِ؛ لأنَّ المِلْكَ للبَائِعِ ثابتٌ باتفاقِهما، فإذا ثَبَتَ تاريخُ أحدِهما؛ يُحْكَمُ بهِ، ويُحَالُ بحدوثِ شِرَاءِ الآخرِ إلىٰ أقربِ الأوقاتِ.

قولُه: (وَلوِ ادَّعَىٰ أَحَدُهُم الشِّرَاءَ مِنْ رَجُلٍ، وَالْآخَرُ الْهِبَةَ وَالْقَبْضَ مِنْ غَيْرِهِ، وَالثَّالِثُ الْمِيرَاثَ مِنْ أَبِيهِ، وَالرَّابِعُ الصَّدَقَةَ وَالْقَبْضَ مِنْ آخَرَ؛ قُضِيَ بَيْنَهُمْ أَرْبَاعًا)، وهذه مِنْ مسائلِ «المبسوطِ»[2] ذكرَه تفريعًا، وذلكَ لأنَّهم استووا في دعوىٰ المِلْك

(١) فِي حاشية الأَصْل: «خ: ملقيهم».
(٢) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٥٩٨/٧/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

قَالَ: وَإِنْ أقامَ الْخَارِجُ الْبَيِّنَةَ عَلَىٰ مِلْكٍ مُؤَرَّخٍ، وَصَاحِبُ الْيَدِ بَيِّنَةً عَلَىٰ مِلْكٍ أَقْدَمَ تَارِيخًا؛ كانَ أَوْلَىٰ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وأبي يُوسُفَ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ مُحَمَّدٍ. وَعَنْهُ أَنَّهُ لَا تُقْبَلُ بَيِّنَةُ ذِي الْيَدِ رَجَعَ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَتَيْنِ قَامَتَا عَلَىٰ مُطْلَقِ الْمِلْكِ، وَلَمْ تَتَعَرَّضَا لِجِهَةِ الْمِلْكِ، فكَانَ التَّقَدُّمُ وَالتَّأَخُّرُ سَوَاءً.

غاية البيان

دونَ السَّبَبِ، وقدْ أثبتُوه بِالحُجَّةِ، فيُوَزَّعُ [١٢/١٨٩و/د] بينهم.

قولُه: (قَالَ: وَإِنْ أقامَ الْخَارِجُ الْبَيِّنَةَ عَلَىٰ مِلْكٍ مُؤَرَّخٍ، وَصَاحِبُ الْيَدِ بَيِّنَةً عَلَىٰ مِلْكٍ أَقْدَمَ تَارِيخًا؛ كانَ أَوْلَىٰ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصرِه»[1].

قالَ صاحبُ «الهدايةِ»: (وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأبي يوسفَ رضي الله عنهما، وهوَ رِوَايَةٌ عَنْ مُحَمَّدٍ رضي الله عنه. وَعَنْهُ: أَنَّهُ لَا تُقْبَلُ بَيِّنَةُ ذي اليدِ، رَجَعَ إِلَيْهِ)، أي: هذا قولُه الآخرُ المرجوعُ إليهِ[2].

قال القُدُورِيُّ في كتابِ «التقريبِ»: «ذكرَ ابنُ سَمَاعَةَ عنْ محمدٍ: أَنَّهُ رَجَعَ عنْ هذا بعدَ عَوْدِهِ مِن الرقَّةِ سَنَةَ ثلاثٍ وثمانينَ ومئةٍ، وقال: الخارجُ [أَوْلَىٰ][3]».

وقالَ شيخُ الإسلامِ خُوَاهَر زَادَه في «مبسوطِهِ»: «رَوَىٰ أصحابُ «الأمالي» عن محمدٍ: أن الخارجَ أَوْلَىٰ؛ لأنَّ التأريخَ علىٰ قولِه الآخرِ ساقطُ الاعتبارِ، فكانَ ما ذكرَ مِن قولِ محمدٍ مع قولِ أبي حَنِيفَةَ: قولَه الأولَ»، وقدْ مَرَّ تمامُ البيانِ عندَ قولِه: (وَإِنْ أقامَ الْخَارِجَانِ الْبَيِّنَةَ عَلَىٰ الْمِلْكِ وَالتَّارِيخِ؛ فَصَاحِبُ التَّارِيخِ الْأَقْدَمِ أَوْلَىٰ)، ويُنْظَرُ ثَمَّةَ.

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢١٥].

(٢) وعلىٰ قولهما اعتمد المحبوبي والنسفي وغيرهما كما هو الرسم، تصحيح [ص٤٢٩]، وينظر: «المبسوط» [١٧/٤٢، ٤٣]، «بدائع الصنائع» [٦/٢٣٣]، «تبيين الحقائق» [٤/٣٢٠]، «العناية» [٨/٢٦٤]، «مجمع الأنهر» [٢/٢٧٧]، «اللباب» [٤/٣٥].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

وَلَهُمَا: أَنَّ الْبَيِّنَةَ مَعَ التَّارِيخ مُتَضَمَّنَةٌ مَعْنَىٰ الدَّفْعِ، فَإِنَّ الْمِلْكَ إِذَا ثَبَتَ لِشَخْصٍ فِي وَقْتٍ فَثُبُوتُهُ لِغَيْرِهِ بَعْدَهُ لَا يَكُونُ إِلَّا بِالتَّلَقِّي مِنْ جِهَتِهِ، وَبَيِّنَةُ ذِي الْيَدِ عَلَىٰ الدَّفْعِ مَقْبُولَةٌ، وَعَلَىٰ هَذَا الْخِلَافِ لَوْ كَانَتِ الدَّارُ فِي أَيْدِيهِمَا، وَالْمَعْنَىٰ مَا بَيَّنَّا.

وَلَوْ أقامَ الْخَارِجُ وَذو الْيَدِ الْبَيِّنَةَ عَلَىٰ مِلْكٍ مُطْلَقٍ، وَوقّتَ إِحْدَاهُمَا دُونَ الْأُخْرَىٰ؛ فَعَلَىٰ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رحمهما الله: الْخَارِجُ أَوْلَىٰ.

وقالَ أَبُو يُوسُفَ ـ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ـ: صَاحِبُ الْوَقْتِ أَوْلَىٰ؛

غاية البيان

قالَ شمسُ الأئمةِ [٦/١٢٠ظ/م] **البَيْهَقِيُّ**: أَرَّخَا تاريخًا سواء، فالخارجُ أَوْلَىٰ؛ لأنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ تقدُّمُ أحدِهما، فكأنَّهما لَمْ يُؤَرِّخا، أحدُهما أقدمُ، فالأقدمُ أَوْلَىٰ عندَهما.

وعندَ محمدٍ: الخارجُ، وفي المسألةِ اختلافُ الرواياتِ في الأصولِ، والقرارُ علىٰ هذا.

لمحمدٍ: التاريخُ لَا يَدُلُّ علىٰ صفةِ المِلْك أوَّلًا وآخِرًا، فصارَ وجودُه وعدمُه سواءٌ.

[١٢/١٨٩ظ/د] **لهما**: الأقدمُ أثْبَتَ لنفسِه المِلْكَ في زمانٍ سابقٍ، ولا يُمْكِنُ أنْ يُسْتَفَادَ المِلْكُ إلَّا مِنْ جهتِه.

وعلىٰ هذا الخلاف إذا كانَتِ الدَّارُ في أيديهما ثُمَّ وَقَّتَا؛ فصاحبُ الوقتِ الأقدمِ أَوْلَىٰ، وعندَ محمدٍ: لَا عِبْرةَ بالوقتِ.

قولُه: (وَلَوْ أقامَ الْخَارِجُ وَذو اليدِ الْبَيِّنَةَ عَلَىٰ مِلْكٍ مُطْلَقٍ، وَوقّتَ إِحْدَاهُمَا دُونَ الْأُخْرَىٰ؛ فَعَلَىٰ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رضي الله عنهما: الْخَارِجُ أَوْلَىٰ. وقالَ أبو يوسفَ رضي الله عنه ـ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ـ: صَاحِبُ الْوَقْتِ أَوْلَىٰ). كذا ذكرَ الخلافَ في «**شرحِ الأقطعِ**»، وهذه ذُكِرَتْ تفريعًا علىٰ مسألةِ القُدُورِيِّ.

لِأَنَّهُ أَقْدَمُ، وَصَارَ كَمَا فِي دَعْوَىٰ الشِّرَاءِ إِذَا أُرِّخَتْ إِحْدَيْهِمَا كَانَ صَاحِبُ التَّارِيخِ أَوْلَىٰ.

وَلَهُمَا: أَنَّ بَيِّنَةَ ذِي الْيَدِ إِنَّمَا تُقْبَلُ لِتَضَمُّنِهِ مَعْنَىٰ [٧٧/و] الدَّفْعِ، وَلَا دَفْعَ هُنَا؛ حَيْثُ ....

غاية البيان

ثُمَّ قالَ: وَجْهُ قولِهما: أنَّ تاريخَ صاحبِ اليدِ لَا يَدُلُّ علىٰ تقدُّمِ مِلْكِه؛ لجوازِ أنْ يَكُونَ الخارجُ لوْ وقَّتَ شهودُه؛ كانَ مِلْكُه أقدمَ، فإذا لَمْ يَدُلَّ التاريخُ علىٰ تقدُّمِ المِلْك؛ سَقَطَ، وكانت بَيِّنَةُ الخارجِ أَوْلَىٰ[١].

وَجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أنَّ بَيِّنَةَ صاحبِ اليدِ قدْ دلَّتْ علىٰ تقدُّمِ المِلْكِ، فكانَتْ أَوْلَىٰ مِنَ المِلْكِ المُطْلَقِ، كالمُدَّعِيَيْنِ للشِّرَاءِ مِنْ واحدٍ إذا [٣٦٤/٢و] أَرَّخَ أحدُهما، الجوابُ: أنَّ الشِّرَاءَ مَعْنًىٰ حادثٌ، وإذا لَمْ يُؤَرِّخْ حُكِمَ بوقوعِه في الحالِ، فكانَ المقدَّمُ أَوْلَىٰ منْهُ، والمِلْكُ ليسَ بمَعْنًىٰ حادثٍ، فلَا يُحْكَمُ بوقوعِه في الحالِ.

قالَ شيخُ الإسلام [١٢/١٩٠و/د] **خُوَاهَر زَادَه في «مبسوطه»** ـ في هذه المسألةِ ـ: «إذا أَرَّخَ أحدُهما ولَمْ يُؤَرِّخِ الآخر؛ فعلىٰ قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: الخارجُ أَوْلَىٰ؛ **لأنَّهُ** لَا عِبْرة للتاريخِ عندَه حالةَ الانفرادِ.

وعلىٰ قولِ محمدٍ الأولِ: يُقْضَىٰ للذي لَمْ يُؤَرِّخْ؛ لأنَّهُ أسبقُهما **تاريخًا، وعلىٰ** قولِه الآخرِ: لَا عِبْرةَ للتاريخِ، فيَكُونُ الخارجُ أَوْلَىٰ، وهوَ قولُ **أبي يوسفَ الأولُ**، وعلىٰ قولِه الآخرِ: يُقْضَىٰ لذي اليدِ، سواءٌ كانَ التاريخُ له، **أوْ للخارجِ**». **هذا** حاصلُ ما قالَ شيخُ الإسلامِ.

وتمامُ البيانِ مَرَّ عندَ قولِه: (**وَإِنْ أقامَ الْخَارِجَانِ الْبَيِّنَةَ عَلَىٰ الْمِلْكِ وَالتَّارِيخِ؛ فَصَاحِبُ التَّارِيخِ الْأَقْدَمِ أَوْلَىٰ**).

(١) ينظر: «المبسوط» [٦٣/١٧]، «بدائع الصنائع» [٢٣٤/٦]، «تبيين الحقائق» [٣٢٠/٤].

وَقَعَ الشَّكُّ فِي التَّلَقِّي مِنْ جِهَتِه، وَعلىٰ هذا إذَا كانَت الدّارُ في أيْديهِما ولوْ كانَتْ فِي يدِ ثَالِثٍ، وَالْمَسْأَلَةُ بِحالِها؛ فَهُما سَواءٌ عنْد أبي حنيفة.

وقالَ أبُو يُوسُفَ: الَّذِي وَقَّتَ أَوْلَىٰ. وقالَ مُحَمَّدٌ: الَّذِي أَطْلَقَ أَوْلَىٰ؛ لِأَنَّهُ ادَّعَىٰ أَوَّلِيَّةَ الْمِلْكِ؛ بِدَلِيلِ اسْتِحْقَاقِ الزَّوَائِدِ ورُجُوعِ الْبَاعَةِ بَعْضُهُمْ عَلَىٰ الْبَعْضِ.

غاية البيان

قولُه: (وَقَعَ الشَّكُّ فِي التَّلَقِّي مِنْ جِهَتِهِ)، أي: مِنْ جهةِ ذي اليدِ. يَعْنِي: أنَّ الاحتمالَ والتردُّدَ وقَعَ في معنىٰ الدفع هاهنا، فلَا تَتَرَجَّحُ بَيِّنَةُ ذي اليدِ؛ لأنَّهُ لَمَّا أرّخَتْ بَيِّنَةُ ذي اليدِ، ولَمْ تُؤَرِّخْ بَيِّنَةُ الخارجِ؛ لَمْ نستيقِنْ بأنْ يَكُونَ [١٢١/٦و/م] المِلْكُ للخارجِ مُتلَقَّىٰ مِنْ جهةِ ذي اليدِ؛ لجوازِ أنْ يَكُونَ الخارجُ لوْ وقَّتَ شهودُه؛ كانَ أقدمَ، فإذا وقَع الاحتمالُ والتردُّدُ في تَضَمُّنِه معنىٰ الدفعِ؛ لَمْ تُقْبَلْ بَيِّنَةُ ذي اليدِ معَ الشكِّ.

قولُه: (وَعَلَىٰ هَذَا إذَا كانَتِ الدَّارُ فِي أَيْدِيهِمَا)، أي: علىٰ هذا الخلافِ [١٢/١٩٠ظ/د] إذا كانَتِ الدَّارُ في أيدِيهما، فأَرَّخَ أحدُهما دونَ الآخرِ عندَهما؛ لَا عِبْرةَ بالتاريخِ، وعندَ أبي يوسفَ: للمُؤَرِّخِ.

قولُه: (وَلَوْ كانَتْ في يدِ ثَالِثٍ، والْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا؛ فَهُمَا سَواءٌ عِنْدَ أَبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه.

وقالَ أبو يوسفَ رضي الله عنه: الَّذِي وَقَّتَ أَوْلَىٰ.

وقالَ مُحَمَّدٌ رضي الله عنه: الَّذِي أَطْلَقَ أَوْلَىٰ)[1]، أراد بقولِه: (وَالْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا)، أنَّ أحدَهما أَرَّخَ دونَ الآخرِ.

قالَ القُدُورِيُّ في كتابِ «التقريبِ»: «وقالَ أبو يوسفَ: صاحبُ الوقتِ أَوْلَىٰ، ورُوِيَ عنْ أبي حَنِيفَةَ ذلكَ».

(١) ينظر: «الإيضاح» للكرماني [ق/٢١٠]، «العناية شرح الهداية» [٨/٢٦٣]، «الغرة المنيفة في تحقيق بعض مسائل الإمام أبي حنيفة» [ص/١٨٤]، «تكملة فتح القدير» [٨/٢٦٣].

وَلِأَبِي يُوسُفَ رحمه الله أَنَّ التَّارِيخَ يُوجِبُ الْمِلْكَ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ بِيَقِينٍ. وَالْإِطْلَاقُ يُحْتَمِلُ غَيْرَ الْأَوَّلِيَّةِ، وَالتَّرْجِيحُ بِالتَّيَقُّنِ؛ كَمَا إِذَا ادَّعَيَا الشِّرَاءَ.

غاية البيان

وقالَ شيخُ الإسلامِ خُوَاهَر زَادَه رحمه الله **في «مبسوطِهِ»**: «لَمْ يَذْكُرْ محمدٌ هذا الفصلَ في «**المبسوطِ**»..».

ثُمَّ قالَ: «وذكرُ الطَّحَاوِيُّ في كتابِه خلافًا فيما بينهم [فقالَ][1]: على قولِ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: يُقْضَىٰ بينهما، ولا عِبْرَةَ للتاريخِ حالةَ الانفرادِ عندَه، وعلىٰ قولِ محمدٍ: يُقْضَىٰ للذي لَمْ يُؤَرِّخْ، وعلىٰ قولِ أبي يوسفَ: يُقْضَىٰ للمُؤَرِّخِ، وقدْ ذَكَرْنا تمامَ البيانِ عندَ قولِه: (**وَإِنْ أقامَ الْخَارِجَانِ الْبَيِّنَةَ عَلَىٰ الْمِلْكِ وَالتَّارِيخِ؛ فَصَاحِبُ التَّارِيخِ الْأَقْدَمِ أَوْلَىٰ**).

وَجْهُ قولِ محمدٍ رضي الله عنه: أنَّ البَيِّنَةَ بِالمِلْك المُطْلَق تَدُلُّ علىٰ مِلْكِ الأصلِ، **ألا** ترىٰ أنَّ مَنْ أقامَ البَيِّنَةَ علىٰ مِلْكٍ في جَارِيَةٍ استحقَّها وأولادَها، ومِلْكُ الأصلِ **أَوْلَىٰ** مِنَ التاريخِ.

وَوَجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أنَّ صاحبَ التاريخِ أثْبَتَ مِلْكًا متقدِّمًا، فكانَ **أَوْلَىٰ؛ لأنَّهُ أَثْبَتَ المِلْكَ** مِنْ ذلكَ الزمانِ بيقينٍ، والذي لَمْ يُؤَرِّخْ **يَحْتَمِلُ** [١٢/١٩١و/د] **غيرَ الأَوَّلِيَّةِ**، والعملُ باليقينِ راجِحٌ علىٰ المحتملِ، كما إذا ادَّعَيَا **الشِّرَاءَ وأَرَّخَ أحدُهما** دونَ الآخرِ؛ كانَ صاحبُ التاريخِ أَوْلَىٰ.

وَوَجْهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ: أنَّ التاريخَ ساقطُ الاعتبارِ؛ **لأنَّهُ يَحْتَمِلُ عدمَ التقدُّمِ**، فصارَ كأنهما أقاما البَيِّنَةَ علىٰ مِلْكٍ مُطْلَقٍ ولَمْ يُؤَرِّخا؛ **كانَ بينهما، بخلافِ الشِّرَاءِ**، حيثُ يُرَجَّحُ المُؤَرِّخُ؛ لأنَّ الشِّرَاءَ أمرٌ حادثٌ، **فيُضَافُ إلىٰ أقربِ الأزمانِ، فيَثْبُتُ** شِرَاءُ الآخرِ سابقًا عليْهِ مِنْ زمانِ التاريخِ لَا محالةَ.

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ التَّارِيخَ **يُضَامُّهُ** احْتِمَالُ عَدَمِ التَّقَدُّمِ فَسَقَطَ اعْتِبَارُهُ، فَصَارَ كَمَا لَوْ أَقَامَا الْبَيِّنَةَ عَلَىٰ مِلْكٍ مُطْلَقٍ، بِخِلَافِ الشِّرَاءِ؛ لِأَنَّهُ أَمْرٌ حَادِثٌ، فَيُضَافُ إِلَىٰ أَقْرَبِ الْأَوْقَاتِ، فَيَتَرَجَّحُ جَانِبُ صَاحِبِ التَّارِيخِ.

قَالَ: وَإِنْ أَقَامَ الْخَارِجُ وَصَاحِبُ الْيَدِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً بِالنِّتَاجِ؛ فَصَاحِبُ الْيَدِ أَوْلَىٰ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ قَامَتْ عَلَىٰ مَا لَا يَدُلُّ عَلَيْهِ فَاسْتَوَيَا، وَتَرَجَّحَتْ بَيِّنَةُ ذِي الْيَدِ بِالْيَدِ فَيَقْضِي لَهُ، وَهَذَا هُوَ الصَّحِيحُ؛ خِلَافًا لِمَا يَقُولُهُ عِيسَىٰ بْنُ أَبَانٍ أَنَّهُ يَتَهَاتَرُ الْبَيِّنَتَانِ، وَيَتْرُكُ فِي يَدِهِ لَا عَلَىٰ طَرِيقِ الْقَضَاءِ.

غاية البيان

قولُه: (يُضَامُّهُ)، أي: يُزَاحمُه.

قولُه: (قَالَ: وَإِنْ أَقَامَ الْخَارِجُ وَصَاحِبُ الْيَدِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً بِالنِّتَاجِ؛ فَصَاحِبُ الْيَدِ أَوْلَىٰ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «**مختصرِه**»[1].

وقالَ ابنُ أبي لَيْلَىٰ: الخارجُ [١٢١/٦ظ/م] أَوْلَىٰ. كذا في «**شرحِ الأقطعِ**».

[٣٦٤/٢ظ] قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّين الأَسْبِيْجَابيُّ في «**شرحِ الكافي**»: وإذا كانَتِ الدَّابَّةُ في يَدَيْ رَجُلٍ، فادَّعَىٰ رَجُلٌ أَنَّها دابتُه نتَجَهَا عندَه، وأقامَ البَيِّنَةَ علىٰ ذلكَ، وأقامَ الذي في يديْهِ البَيِّنَةَ أنَّها دابتُه نتَجَها عندَه؛ فإنه يُقْضَىٰ بها للذي هيَ في يديه، آخُذُ في هذا بالسُّنَّةِ.

والقياسُ: أَلَّا يُقْضَىٰ بواحدةٍ منهما؛ لأنهما تعارَضا في الإثباتِ [١٩١/١٢ظ/د]، وليسَ أحدُهما بأَوْلَىٰ مِن الآخرِ، لكنَّا نَرُدُّ القياسَ بالسُّنَّةِ، وهوَ ما رَوَىٰ محمدٌ عنْ أبي حَنِيفَةَ: عَنِ الْهَيْثَمِ عَنْ رَجُلٍ عَنْ جَابِرٍ: «أَنَّ رَجُلًا ادَّعَىٰ نَاقَةً فِي يَدَيْ رَجُلٍ، وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ أَنَّها نَاقَتُهُ نَتَجَهَا عِنْدَهُ، وَأَقَامَ الَّذِي هيَ فِي يَدَيْهِ الْبَيِّنَةَ أَنَّها نَاقَتُهُ نَتَجَهَا؛

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢١٥].

....

والقياسُ: أَلَّا يُقْضَىٰ بواحدةٍ منهما؛ لأنهما تعارَضا في الإثباتِ [١٢/١٩١ظ/د]، فَقَضَىٰ بِهَا رَسُولُ اللهِ ﷺ لِلَّذِي[1] هيَ فِي يَدَيْهِ»[2].

قال الخَصَّافُ في «أدبِ القاضي»[3]: «حَدَّثَنَا عَبْدُ اللهِ بْنُ مُحَمَّدٍ قَالَ: حَدَّثَنَا أَبُو مُعَاوِيَةَ عَنْ دَاوُدَ بْنِ أَبِي هِنْدَ، عَنِ الشَّعْبِيِّ، عَن شُرَيْحٍ قال: اخْتَصَمَ إليهِ قَوْمٌ فِي مُهْرٍ، فَأَقَامَ هَؤُلَاءِ البَيِّنَةَ: أَنَّهُ مُهْرُهُمْ نَتَجُوه، وَأَقَامَ هَؤُلَاءِ البَيِّنَةَ: أَنَّهُ مُهْرُهُمْ نَتَجُوه، وهوَ في يدِ أَحَدِهِمْ؛ فَقَضَىٰ بهِ شُرَيْحٌ لِلَّذِينَ هوَ فِي أَيْدِيهِمْ. وَقَالَ: الآخَرُونَ أَوْلَىٰ بِالشُّبْهَةِ». إلىٰ هنا لَفْظُ الخَصَّاف.

ومعنىٰ قولِه: «أَوْلَىٰ بِالشُّبْهَةِ»، أي: بضَعْف الحُجَّةِ، فكانَ الفقهُ فيهِ أنَّ إحدىٰ البيِّنَتَيْنِ عارضَتِ الثانيةَ، فبَقِيَتِ اليدُ بلَا مُعارِضٍ.

أوْ يُقالُ: إنَّ بَيِّنَةَ صاحبِ اليدِ تأيَّدَتْ باليدِ، واليدُ تصْلُحُ مُقَوِّيةً ومُرَجِّحةً، فرُجِّحَتْ بَيِّنَةُ صاحبِ اليدِ بحُكْمِ اليدِ، وكذلكَ العبد والأَمَة.

قالَ شيخُ الإسلامِ أبو بكرٍ المعروفُ بخُوَاهَر زَادَه في «مبسوطِهِ»: اختلَفَ بعدَ هذا مشايخُنا المتأخِّرونَ: أنَّ القضاءَ لذي اليدِ في بابِ النِّتَاج قَضَاءُ تَرْكٍ أَمْ

---

(١) وقع بالأصل: «الذي». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض». **وهو الموافق لِمَا وقَع** في: «الأصل/ المعروف بالمبسوط».

(٢) أخرجه: محمد بن الحسن في «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٥/٨/ **طبعة: وزارة الأوقاف** القطرية]. أخبرنا أبو حنيفة بإسناده به.

وأخرجه: الدارقطني في «سننه» [٤/٢٠٩]، ومن طريقه البيهقي في **«السنن الكبرىٰ»** [١٠/٢٥٦]، من طريق أَبِي حَنِيفَةَ، عَنْ هَيْثَمٍ الصَّيْرَفِيِّ، عَنِ الشَّعْبِيِّ، عَنْ جَابِرٍ ﷺ **به نحوه**.

(٣) **هذا الأثر**: علَّقه الصدرُ الشهيد في شَرْحه علىٰ «أدب القاضي» [٣/٢٠٤]. **بدون إسناد! وهو ثابتٌ** موصولًا في النسخة المُسْندة مِن «أدب القاضي» للخَصَّاف [ق/١٨١/ب/ **مخطوط مكتبة كوبريلي** فاضل أحمد باشا/ (رقم الحفظ: ٥٤٦)].

. . . .

قَضَاءُ اسْتِحْقَاقٍ؟ فعلىٰ قولِ عامَّةِ مشايخِنا قضاء واستحقاق، وعلىٰ قولِ عيسىٰ بن أبان: قَضَاءُ تَرْكٍ.

وفائدةُ هذا الخلاف: تظهَر في حقِّ الِاسْتِحْقَاقِ عندَنا، يُقْضَىٰ لذي اليدِ قَضَاءَ اسْتِحْقَاقٍ، ولا يُسْتَحْلَفُ ذو اليدِ للخارجِ، وعندَه: يُسْتَحْلَفُ ذو اليدِ للخارجِ، وذهبَ في ذلكَ إلىٰ أنَّ [١٢/١٩٢و/د] البيِّنَتَيْنِ تهاتَرَتَا فبطَلَتا، فكأنَّهما لَمْ يُقِيما البَيِّنَةَ أصلًا، ولوْ لَمْ يُقِمِ البَيِّنَةَ؛ يُقْضَىٰ لذي اليدِ قَضَاءَ تَرْكٍ بعدما يُسْتَحْلَفُ للخارجِ، فكذلكَ هذا[1].

وإنما قلْنا: بأنَّ البيِّنَتَيْنِ تهاتَرَتَا، وذلك لأنَّ القاضيَ تيقَّنَ بكَذِبِ أحدِ الفريقَيْنِ، علىٰ وَجْهٍ لَا يجِدُ لذلكَ مَحْملًا يُطْلِقُ لهُ أداءَ الشَّهَادَةِ، وذلكَ لأنَّ المُطْلِقَ لأداءِ الشَّهَادَةِ بالنتاجِ [٦/١٢٢و/م] مُعَايَنَةُ الولادةِ، لَا ظاهرَ اليدِ.

فعلَىٰ قياسِ ما قالَهُ عيسىٰ: يَجِبُ ألَّا تُقْبَلَ بَيِّنَةُ الخارِجَيْنِ علىٰ النِّتَاجِ، ويَجِبُ ألَّا تُقْبَلُ بَيِّنَةُ ذي اليدِ إذا قامَتْ بعدَ القَضَاءِ للخارجِ، كما في مسألةِ كوفة ومكةَ، متىٰ قُضِيَ بشَهَادَة أحدِ الفريقَيْنِ؛ لَا يُنْقَض القَضَاءُ بشَهَادَةِ الفريقِ الآخرِ، فكذلكَ هذا.

وَوَجْهُ ما ذَهبَ إليهِ علماؤُنا: أنَّ القاضيَ لَمْ يَتيقَّنْ بكَذِبِ أحدِ الفريقَيْنِ؛ لأنَّهُ يجِدُ لشهادةِ كلِّ فريقٍ محملًا يُطْلِقُ لهُ الشَّهَادَةَ بالنتاجِ، بأنْ عايَنَ أحدُ الفريقَيْنِ الولادةَ في يدِ الغَاصِبِ، ولَمْ يعْلَمُوا بكونِه غاصبًا في الباطنِ، وكانوا يَرَوْنَه يَتَصَرَّفُ في الدَّابَّةِ تصَرُّفَ المُلَّاكِ، فحلَّ لهم أنْ يشهدُوا بالنتاجِ لهُ.

والذينَ علِموا الغَصْبَ [١٢/١٩٢ظ/د] يَحِلُّ لهم أنْ يشهدُوا للمَغْصُوبِ منه، أوْ عايَن أحدُ الفريقَيْنِ حقيقةَ الولادةِ مِن هذه الدَّابَّةِ، وعايَنَ الفريقُ الآخر اتباعَ هذه

---

(١) ينظر: «المبسوط» [١٧/٧٢، ٧٧]، «بدائع الصنائع» [٦/٢٣٤].

وَلَوْ تَلَقَّىٰ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْمِلْكَ مِنْ رَجُلٍ، وأَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَى النِّتَاجِ عِنْدَهُ؛ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ إِقَامَتِهَا عَلَىٰ النِّتَاجِ فِي يدِ نَفْسِهِ.

وَلَوْ أقامَ أَحَدُهُمَا الْبَيِّنَةَ عَلَىٰ الْمِلْكِ، وَالْآخَرُ عَلَىٰ النِّتَاجِ؛ فَصَاحِبُ

الدَّابَّة الأخرىٰ، والارتضاعَ مِن لبنِها.

فإذا وجَدَ القاضي لشَهَادَةِ كلِّ [٣٦٥/٢و] فريقٍ مَحْملًا يُطْلِقُ لهُ أداءَ الشَّهَادَةِ؛ لَا يَتَيقَّنُ بكَذِبِ أحدِ الفريقَيْنِ، فقَبِلَ شهادتهما، فكانت هذه الشَّهَادَةُ، والشَّهَادَةُ بمُطْلَق المِلْك سواءً، فكما لَا يتَهَاتَر البَيِّنتانِ[1] ثَمَّةَ، فكذلكَ هنا، ومتىٰ لَمْ يتَهاتَرا كانَ قَضَاءَ اسْتِحْقَاقٍ لذي اليدِ، لَا قَضَاءَ تَرْكٍ.

بخلافِ مسألة كوفة ومكةَ؛ لأنَّ المُطْلِقَ للشَّهَادَةِ بالطلاقِ، والعَتَاقِ: مُعَايَنَةُ الشهودِ إيقاعَ الطَّلَاقِ والعَتَاقِ، لَا طريقَ للإطلاقِ غيرُ ذلكَ، وأنَّه لَا يُتَصَوَّرُ في يومٍ واحدٍ بكوفة ومكة، فكانتْ إحداهما كاذبةً، لَا يجدُ لذلكَ مَحْملًا فيها، فتهاتَرَتِ البيِّنتانِ.

يقال: نُتِجَت الناقةُ ـ علىٰ ما لَمْ يُسَمَّ فاعلُه ـ نتَاجًا، ونتَجَها أهلُهَا نَتْجًا. كذا في «الصِّحَاحِ»[2].

قولُه: (وَلَوْ تَلَقَّىٰ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْمِلْكَ مِنْ رَجُلٍ، وأَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَىٰ النِّتَاجِ عِنْدَهُ؛ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ إِقَامَتِهَا عَلَىٰ النِّتَاجِ في يدِ نَفْسِهِ)، أي: لوْ أخَذَ كُلُّ واحدٍ مِن الخارج وذي اليدِ المِلْكَ مِن رَجُلٍ علىٰ حِدَةٍ، وأقامَ كُلُّ واحدٍ منهما البَيِّنَةَ علىٰ النِّتَاج عندَ بائعِه [١٩٣/١٢و/د]؛ صارَ إقامةُ البَيِّنَةِ علىٰ النِّتَاجِ عندَ بائعِه كإقامةِ البَيِّنَةِ عليْهِ عندَ نفسِه، فكانَ ذو اليدِ أَوْلَىٰ، وقدْ ذكرَ هذه المسألةَ تفريعًا علىٰ ما تقدَّمَ.

قولُه: (وَلَوْ أقامَ أَحَدُهُمَا الْبَيِّنَةَ عَلَىٰ الْمِلْكِ، وَالْآخَرُ عَلَىٰ النِّتَاجِ؛ فَصَاحِبُ

(١) وقع بالأصل: «يتهاترا البَيِّنَةَ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».
(٢) ينظر: «الصحاح في اللغة» للْجَوْهَري [٣٤٣/١/ مادة: نتج].

النِّتَاجِ أَوْلَىٰ أَيُّهُمَا كَانَ ؛ لِأَنَّ بَيِّنَتَهُ قَامَتْ عَلَىٰ أَوَّلِيَّةِ الْمِلْكِ فَلَا يَثْبُتُ لِلْآخَرِ إِلَّا بِالتَّلَقِّي مِنْ جِهَتِهِ ، وَكَذَا إِذَا كانَ الدَّعْوَىٰ بينَ خَارِجَيْنِ ؛ فَبَيِّنَةُ النِّتَاجِ أَوْلَىٰ لِمَا ذَكَرْنَا.

وَلَوْ قُضِيَ بِالنِّتَاجِ لِصَاحِبِ الْيَدِ ، ثُمَّ أقامَ ثَالِثُ الْبَيِّنَةَ عَلَىٰ النِّتَاجِ ؛ يُقْضَىٰ لَهُ ، إِلَّا أَنْ يُعِيدَهَا ذو الْيَدِ ؛ لِأَنَّ الثَّالِثَ لَمْ يَصِرْ مَقْضِيًّا عَلَيْهِ بِتِلْكَ الْقَضِيَّةِ ،

غاية البيان

النِّتَاجِ أَوْلَىٰ) ، وهذا أيضًا تفريعٌ ، وذلكَ لأنَّ دعوىٰ النِّتاجِ دعوىٰ أَوَّلِيَّةِ المِلْكِ ، ولا يَثْبُتُ المِلْكُ للآخرِ إلَّا بالتلقِّي مِن جهتِه.

قولُه [٦/١٢٢ظ/م]: (وَكَذَا إِذَا كانَ الدَّعْوَىٰ بينَ خَارِجَيْنِ ؛ فَبَيِّنَةُ النِّتَاجِ أَوْلَىٰ) ، وهذا أيضًا تفريعٌ علىٰ مسألةِ القُدُورِيِّ.

قولُه: (لِمَا ذَكَرْنَا) ، إشَارَةٌ إلىٰ قولِه: (لِأَنَّ بَيِّنَتَهُ عَلَىٰ أَوَّلِيَّةِ الْمِلْكِ) ، هذا إذا ادَّعَىٰ أحدُهما المِلْكَ ، والآخرُ النِّتَاجَ.

أمَّا إذا ادَّعَىٰ الخارجانِ: فأقامَ كُلُّ واحدٍ منهما البَيِّنَةَ: أنَّها دابتُه نتَجَها عندَه ؛ فإنه يُقْضَىٰ بها بينهما نصفَيْنِ ؛ لأنَّهُ فُقِدَ المُرَجِّحَ في كُلِّ واحدٍ منهما ، فيَعْمَلُ بهما بقَدْرِ الإمكانِ ، فإنْ وقَّتَتْ بَيِّنَةُ أحدِهما ، ولَمْ تُؤَقِّتْ بَيِّنَةُ الآخرِ ، وهيَ مُشْكلةٌ ؛ فهيَ بينهما نصفانِ ؛ لأنَّهُ لَا يتكرَّرُ ، فصارَ التوقيتُ وعدمُه سواءٌ.

وإنْ وَقَّتَا وقتيْنِ ، فإنْ كانَ سِنُّها علىٰ أحدِ الوقتَيْنِ ؛ قضيْتُ بها [١٢/١٩٣ظ/د] لصاحبِه ؛ لأنَّهُ ظَهَرَ كذبُ الثانيةِ ، وإنْ كانَتْ علىٰ غيرِ الوقتَيْنِ ، أوْ كانَتْ مُشْكلةً ؛ قضيْتُ بها بينهما نصفَيْنِ ؛ لأنَّهُ لَمْ يَثْبُتِ الوقتُ ، فصارَ كما لوْ لَمْ يُوَقِّتا.

وفي روايةِ أبي الليثِ الْخُوَارِزْمِيِّ: إذا كانَ سِنُّ الدَّابَّة علىٰ غيرِ الوقتيْنِ ؛ فالبيِّنتانِ باطلةٌ ؛ لأنَّهُ ظهَر كذبُهما ، فلَا يُقْضَىٰ بهما. كذا ذَكَر شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّين أبو الحسنِ عَلِيُّ بنُ محمدٍ المعروفُ بالإِسْبِيجَابِيِّ ﷺ في «شرْحِ الكافي».

وَكَذَا الْمَقْضِيُّ عليْهِ بِالْمِلْكِ الْمُطْلَقِ، إِذَا أقامَ الْبَيِّنَةَ عَلَىٰ النِّتَاجِ؛ تُقْبَلُ وَيُنْقَضُ الْقَضَاءُ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ النَّصِّ[1].

قَالَ: وَكَذَا النَّسْجُ فِي الثِّيَابِ الَّتِي لَا تُنْسَجُ إِلَّا مَرَّةً كَغَزْلِ الْقُطْنِ، وكَذَلِكَ

غاية البيان

قولُه: (**وَلَوْ قُضِيَ بِالنِّتَاجِ لِصَاحِبِ الْيَدِ، ثُمَّ أقامَ ثَالِثٌ الْبَيِّنَةَ عَلَىٰ النِّتَاجِ؛ يُقْضَىٰ لَهُ، إِلَّا أَنْ يُعِيدَهَا ذو اليدِ**)، وذكرَ هذا أيضًا تفريعًا.

وذَكَر في «**الأصلِ**»: «إذا تنازَعا شَاةً، وأقامَ كُلُّ واحدٍ منهما بَيِّنَةً علىٰ النِّتَاجِ، فقُضِيَ بها لصاحبِ اليدِ، فجاءَ آخرُ وادَّعَىٰ أنَّها لهُ نُتِجَتْ في مِلْكِهِ، وأقامَ بَيِّنَةً علىٰ ذلكَ؛ فهيَ لهُ، إلَّا أنْ يُعِيدَ صاحبُ اليدِ بَيِّنَةً، وذلكَ لأنَّ الثالثَ لَمْ يَكُنْ مقْضِيًّا عليْهِ بِبَيِّنَةِ ذي اليدِ، فتُسْمَعُ بَيِّنَةُ الثالثِ، فيَكُونُ أَوْلَىٰ، إلَّا إذا أَعَادَ ذو اليدِ البَيِّنَةَ علىٰ النِّتَاجِ علىٰ الثالثِ، فتتَرَجَّح بَيِّنَتُه باليدِ»[2].

قولُه: (**وَكَذَا الْمَقْضِيُّ عليْهِ بِالْمِلْكِ الْمُطْلَقِ، إِذَا أقامَ الْبَيِّنَةَ عَلَىٰ النِّتَاجِ؛ تُقْبَلُ وَيُنْقَضُ الْقَضَاءُ**)، وذكرَ هذا أيضًا [١٢/١٩٤و/د] تفريعًا، وهذا كما إذا ادَّعَىٰ الخارجُ وذو اليدِ المِلْكَ المُطْلَقَ، فأقامَا[3] البَيِّنَةَ، فقُضِيَ بها للخارجِ، ثُمَّ إنَّ ذا اليدِ أقامَ البَيِّنَةَ علىٰ النِّتَاجِ؛ يُقْبَلُ؛ لأنَّهُ نصَّ علىٰ أَوَّلِيَّةِ المِلْكِ، فيُنْقَضُ القَضَاءُ الأولُ.

قولُه: (**قَالَ: وَكَذَا النَّسْجُ فِي الثِّيَابِ** [٢/٣٦٥ظ] **الَّتِي لَا تُنْسَجُ إِلَّا مَرَّةً**)، أي: قالَ القدوريُّ في «**مختصرِه**»، وهذا عطْفٌ علىٰ قولِه: (**وَإِنْ أقامَ الْخَارِجُ وَصَاحِبُ الْيَدِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً بِالنِّتَاجِ؛ فَصَاحِبُ الْيَدِ أَوْلَىٰ**).

يَعْنِي: إذا أقاما البَيِّنَةَ علىٰ نسْجِ ثوبٍ [٦/١٢٣و/م] [**فيما لَا يَتَكَرَّرُ نسْجُه، كغَزْلِ**

---

(١) زاد بعده في (ط): «والأول بِمَنْزِلَةِ الاجتهاد».

(٢) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٨/٢١/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٣) وقع بالأصل: «فأقام». والمثبت من: النسخة الأم «د»، و«ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

كُلُّ سَبَبٍ فِي الْمِلْكِ لَا يَتَكَرَّرُ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى النِّتَاجِ؛ كَحَلْبِ اللَّبَنِ، وَاتِّخَاذِ [٧٧/ظ] الْجُبْنِ، ....

غاية البيان

القُطْنِ؛ كانَ ذو اليدِ أَوْلَىٰ][1]؛ لأنَّ ما لَا يَتَكَرَّرُ في معنىٰ النِّتَاجِ، وهوَ لَا يَتَكَرَّرُ، وكذلكَ حَلْبُ اللبنِ، فإذا أقامَ كلُّ واحدٍ منهما البَيِّنَةَ: أنَّ هذا اللبنَ حُلِب في مِلْكِه.

وكذلك اتخاذُ الجُبْنِ، بأنْ أقامَ كلُّ واحدٍ منهما البَيِّنَةَ: أنَّ الجُبْنَ لهُ صَنَعَه في مِلْكِه، وكذا اتخاذُ اللِّبْد[2] والْمِرْعِزَّىٰ[3] أنَّهُ صَنَعه في مِلْكِه، وكذا الصُّوفُ إذا أقامَ رَجُلٌ البَيِّنَةَ: أنَّهُ صُوفُه جَزَّه مِن غَنَمِه، وأقامَ ذو اليدِ البَيِّنَةَ علىٰ مِثْلِ ذلكَ؛ كانَ ذو اليدِ أَوْلَىٰ.

وإنْ كانَ يَتَكَرَّرُ نَسْجُه ـ كثوبِ الخَزِّ ـ: يُقْضَىٰ بهِ للخارجِ، وإنْ أشْكَل؛ يُرْجَعُ إلىٰ أهلِ الخِبْرةِ، وإنْ أشْكَلَ عليهم أيضًا؛ اختلفتِ الروايةُ.

وتمامُ البيانِ [١٢/١٩٤ظ/د]: ما قالَ شيخُ الإسلامِ أبو بكرٍ المعروفُ بخُوَاهَر زَادَه في «**مبسوطِهِ**»: هذا إذا تنازعا في مِلْكِ عينٍ بسببِ النِّتَاجِ، فأَمَّا إذا تنازعا في مِلْكِ عينٍ بسببِ النسْجِ، فإنِ ادَّعَىٰ الخارجُ: أنَّ هذا الثَّوْبَ نسَجَه، وأقامَ عليْهِ البَيِّنَةَ، وذو اليدِ ادَّعَىٰ كذلكَ، وأقامَ عليْهِ البَيِّنَةَ، فهذهِ المسألةُ لَا تَخْلُو مِنْ ثلاثةِ أوجهٍ:

إمَّا أنْ يَكُونَ الثَّوْبُ ثوبًا يُعْلَمُ يقينًا أنَّهُ لَا يَتَكَرَّرُ نسْجُه ولا يُثَنَّىٰ، كَالثَّوْبِ المتخذ مِن غَزْلِ القُطْنِ، والإِبْرِيْسَم، أوْ ثوبًا يَتَكَرَّرُ بيقينٍ، كَالثَّوْبِ المنسوجِ مِن الصُّوفِ والشَّعَرِ والوَبَرِ، أوْ كانَ مُشْكِلًا بينَ أنْ يَتَكَرَّرُ، وبيْن ألَّا يَتَكَرَّرْ.

---

(١) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٢) **اللِّبْدُ**: ما يَتَلَبَّدُ من شَعَرٍ أو صُوفٍ. وَلَبِدَ الشَّيْءُ: بمعنىٰ لَصِقَ. وَيَتَعَدَّىٰ بالتضعيف فيقال: لَبَّدْتُ الشَّيْءَ تَلْبِيدًا؛ أَلْزَقْتُ بَعْضَهُ بِبَعْضٍ حتىٰ صار كَاللِّبْدِ. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٣) **الْمِرْعِزَّىٰ** ـ بكسر الميم والعين، وتشديد الزاء المقصورة ـ: هو الزَّغَبُ الذي تَحْتَ شَعْرِ العَنْزِ، وهو ضَرْبٌ مِنَ الثياب يُتَّخَذ مِن صُوفٍ، وربما خَالَطَه الحرير. وقد تقدم التعريف بذلك.

....

فإنْ كانَ ما وقَع فيهِ التنازعُ ثوبًا عُلِمَ يقينًا أنَّهُ لَا يتكرّر نَسْجُه؛ كانَ الجوابُ فيهِ كالجوابِ فيما لوِ ادَّعَيَا النتاجَ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما ادَّعَىٰ في الثَّوْب أوَّلِيَّةَ المِلْكِ، بمعنىٰ لَا يَتَكَرَّرُ ولا يُثَنَّىٰ، فكانَ[1] لدعوىٰ النِّتاج.

وإنْ كانَ يُعْلَمُ يقينًا أنَّهُ يَتَكَرَّرُ؛ لَمْ يَكُنْ بمعنىٰ النِّتَاج، فكانَ بمنزلةِ ما لوِ ادَّعَيَا مِلْكًا مطلقًا في الثَّوْبِ، وأقاما البَيِّنَةَ في مُطْلَقِ المِلْكِ؛ يُقْضَىٰ للخارجِ؛ لأنَّهُ يَجُوزُ أنْ يَكُونَ مُتَمَلِّكًا علىٰ ذي اليدِ بأنْ غصبَ مِن ذي اليدِ ونَقَضَه ونسَجَه مرةً أخرىٰ، فكانَ بمعنىٰ دعوىٰ مِلْكٍ مُطْلَقٍ مِن هذا الوجه.

وإنْ كانَ مُشْكلًا، بأنْ أشكَلَ علىٰ [١٢/١٩٥و/د] القاضي؛ فإنَّه يُرْجَع في ذلكَ إلىٰ أهلِ الصنعةِ؛ لقوله ﷺ: ﴿فَسْـَٔلُوٓاْ أَهْلَ ٱلذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ [النَّحل: ٤٣].

فإن قالوا: مِن قَبِيل ما يَتَكَرَّرُ نسْجُه؛ يُقْضَىٰ للخارجِ. وإنْ قالُوا: مِن قَبِيلِ ما لَا يَتَكَرَّرُ نسْجُه؛ يُقْضَىٰ لذي اليدِ.

وإنِ اختلفُوا في ذلكَ حتىٰ بقِيَ مشْكلًا علىٰ القاضي؛ اختلفتِ الروايةُ في هذا الفصلِ، ذكرَ في روايةِ أبي سليمانَ: أنَّهُ يُقْضَىٰ لذي [٦/١٢٣ظ/م] اليدِ، وألحَقه بما لَا يَتَكَرَّرُ نسْجُه بيقينٍ، وذكرَ في روايةِ أبي حفصٍ: أنَّهُ يُقْضَىٰ للخارجِ، وألحَقَه بما يَتَكَرَّرُ نسْجُه بيقينٍ[2].

وَجْهُ ما ذكرَ في روايةِ أبي سليمانَ: وهوَ أنَّ يدَ ذي اليدِ ثابتٌ علىٰ الثَّوْبِ بيقينٍ، ووقَعَ الشكُّ في نَقْضِه، فلَا نَنْقُضُه بالشكِّ قياسًا علىٰ ما لوْ وقَع هذا الإشكالُ

---

(١) وقع بالأصل: «وكان». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٢) ينظر: «فتاوىٰ النوازل» [ص/٣١١]، «المبسوط» [١٧/٦٤ - ٦٧]، **«تحفة الفقهاء»** [١٨٩٢٧١/٣]، «تبيين الحقائق» [٤/٣٢١]، «نتائج الأفكار» [٨/٢٧٠، ٢٧١]، **«البحر الرائق»** [٧/٢٤٤]، «الفتاوىٰ الهندية» [٤/٩٢].

وَاللِّبْدِ وَالْمِرْعِزَّىٰ، وَجَزِّ الصُّوفِ، وَإِنْ كَانَ يَتَكَرَّرُ قُضِيَ بِهِ لِلْخَارِجِ بِمَنْزِلَةِ الْمِلْكِ الْمُطْلَقِ، وَهُوَ مِثْلُ الْخَزِّ وَالْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ، وَزِرَاعَةِ الْحِنْطَةِ وَالْحُبُوبِ،

غاية البيان

في النِّتَاجِ، بأنْ أَرَّخَا، وسِنُّ الدَّابَّةِ مُشْكِلٌ، يَجُوزُ أنْ يَكُونَ موافقًا لوقْتِ كلِّ واحدٍ منهما، ويَجُوزُ أنْ يَكُونَ مخالفًا؛ يُقْضَىٰ لذي اليدِ؛ لأنَّهُ وقَعَ الشكُّ في نَقْضِ يدِه.

والدليلُ عليه: ما لوِ ادَّعَيَا الشِّرَاءَ مِنْ واحدٍ، والشيءُ في يدِ أحدِهما، وأرَّخَ الخارج؛ فإنَّه يُقْضَىٰ لذي اليدِ؛ لأنَّ يدَه ثابتٌ بيقينٍ؛ فلَمْ يَجُزْ نَقْضُه بالشكِّ.

[١٢/١٩٥ظ/د] **وَوَجْهُ ما ذكرَ في روايةِ أبي حفصٍ**: أنَّ القياسَ أنْ تَكُونَ البَيِّنَةُ بَيِّنَةَ الخارجِ في النِّتَاجِ، فإنَّه أكثرُ[1] إثباتًا، فإنَّه يَسْتَحِقُّ المِلْكَ الثابتَ لذي اليدِ بظاهرِ يدِه، وذو اليدِ لَا يَسْتَحِقُّ شيئًا علىٰ الخارجِ، إلَّا أنَّا تركْنَا القياسَ بالنصِّ، والنصُّ ورَدَ في النِّتَاجِ، فما كانَ بمعنىٰ النِّتَاجِ مِن كلِّ وَجْهٍ يَلْحَقُ به، ويَكُونُ النصُّ الواردُ في النِّتَاجِ واردًا فيهِ دلالةً، وما لَمْ يَكُنْ بمعنىٰ النِّتَاجِ مِنْ وَجْهٍ دونَ وَجْهٍ لَا يَلْحَقُ بهِ، فيُرَدُّ إلىٰ ما يَقْتَضِيهِ القياسُ.

قولُه: (وَالْمِرْعِزَّىٰ) [٢/٣٦٦و]، هوَ الزَّغَب الذي تحت شَعْرِ العَنْزِ، وكذلكَ المِرْعِزَّاء، إذا خفَّفْتَ: مَدَدْتَ، وإذا شَدَدْتَ: قصَرْتَ، وإنْ شِئْتَ فتَحْتَ الميمَ، وقد تُحْذَف الألفُ، فيقال: مِرْعِزٌّ. كذا ذكرَه الجَوْهَرِيُّ[2].

وقالَ أبو عَلِيٍّ إسماعيلُ بْنُ القاسمِ بْنِ عَيْذُونَ صاحبُ الأخفشِ في كتاب «المقصورِ والممدودِ» في بابِ ما جاءَ مِنَ المقصورِ علىٰ مثالِ مِفْعِلَّىٰ اسمًا ولَمْ يأْتِ صفةً: «الْمِرْعِزَّىٰ: معروفٌ، ولَمْ يجِئْ منْهُ غيرُ هذا الحرفِ»[3].

قولُه: (وَهُوَ مِثْلُ الْخَزِّ)، أي: السَّبَبُ المتكرّرُ في المِلْكِ كالخَزِّ، فإنَّه يُنْسَجُ،

---

(١) وقع بالأصل: «فأكثر». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٢) ينظر: «الصحاح في اللغة» للْجَوْهَري [٣/٨٧٩/ مادة: رعز].

(٣) ينظر: «المقصور والممدود» لأبي عليّ إسماعيل بن القاسم القَالِي [ص/٢٠٨].

فَإِنْ أَشْكَلَ يَرْجِعُ إِلَىٰ أَهْلِ الْخِبْرَةِ؛ لِأَنَّهُمْ أَعْرَفُ بِهِ، فَإِنْ أَشْكَلَ عَلَيْهِمْ قُضِيَ بِهِ لِلْخَارِجِ؛ لِأَنَّ الْقَضَاءَ بِبَيِّنَتِهِ هُوَ الْأَصْلُ، **وَالْعُدُولُ عَنْهُ بِخُبْرِ النِّتَاجِ**، فَإِذَا لَمْ يَعْلَمْ يَرْجِعُ إِلَىٰ الْأَصْلِ.

قَالَ: فَإِنْ أَقَامَ الْخَارِجُ الْبَيِّنَةَ عَلَىٰ الْمِلْكِ، وَأَقَامَ صَاحِبُ الْيَدِ عَلَىٰ

فإذا بَلِيَ يُغْزَلُ مرةً أخرىٰ، ثُمَّ يُنْسَجُ، والخَزُّ: اسمُ دَابَّةٍ في الأصلِ، ثُمَّ سُمِّيَ الثَّوْبُ المتخَذُ مِن وَبَرِه خَزًّا. كذا قالَ صاحبُ «المغربِ»[1].

وكذلكَ الغَرْسُ وزراعةُ الحبوبِ يَتَكَرَّرُ، فإنه يُغْرَسُ في موضعٍ، ثم يُقْلَعُ ويُغْرَسُ ثانيًا، وكذلكَ الحبوبُ تُزْرَعُ، ثم تُغَرْبَلُ، فتُزْرَعُ مرةً أُخرىٰ.

قولُه: (وَالْعُدُولُ عَنْه بِخُبْرِ النِّتَاجِ)، يَعْنِي: أنَّ القَضاءَ بِبَيِّنَةِ الخارجِ هوَ الأصلُ؛ لأنَّهُ القياسُ؛ لكنَّا تركْنَا القياسَ بالخبرِ [٦/١٢٤و/م]، وهوَ خبَرُ النِّتاجِ، وهوَ حديثُ جابرٍ الذي بيَّنَّاه قبْلَ هذا، فإذا [١٢/١٩٦و/د] أشكلَ حالُ الثَّوْبِ؛ لَمْ يُمْكِنْ إلحاقُه بالنتاجِ، فرُدَّ إلىٰ الأصلِ، وهوَ القياس، فقُضِيَ للخارجِ.

وفي بعضِ النُّسَخ: «بخُبْرِ النِّتَاجِ»[2]، بضمِّ الخاءِ، وتسْكينِ الباءِ. **يَعْنِي**: إنَّما عَدَلْنا عنِ الأصلِ ـ وهو القياسُ ـ بعِلْمِ النِّتَاجِ ومعرفتِه، فإذا أشكَلَ أمرُ الثَّوْبِ ولَمْ يُعْلَمْ؛ لَمْ يُمْكِنْ إلحاقُه بالنتاجِ؛ لأنَّهُ ليسَ في معناه، فرجَعْنا إلىٰ الأصلِ، وهوَ القَضاءُ للخارجِ.

قولُه: (قَالَ: فَإِنْ أقامَ الْخَارِجُ الْبَيِّنَةَ عَلَىٰ الْمِلْكِ، وَأَقَامَ صَاحِبُ الْيَدِ عَلَىٰ

---

(١) ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزي [١/٢٥٣].

(٢) أشار المؤلف إلىٰ هذا أيضًا في النسخة التي بخطّه مِن «الهداية» [٢/ق٧٨/ب/ **مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا**]، فقد ضبَطَ هناك كلمة: **«الخبر» بالوجهيْنِ جميعًا، ثم كتَبَ** تحتها: «صح»، وكتَبَ فوقها: «معًا»، يعني: **أن كِلَا الضبطَيْنِ صحيح محفوظ.**

الشِّرَاءِ مِنْهُ ؛ كانَ صَاحِبُ الْيَدِ أَوْلَىٰ ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ إِنْ كَانَ أَثْبَتَ أَوَّلِيَّةَ الْمِلْكِ فَهَذَا تَلَقَّىٰ مِنْهُ ، وَفِي هَذَا لَا تَنَافِي ؛ فَصَارَ كَمَا إِذَا أَقَرَّ بِالْمِلْكِ لَهُ ، ثُمَّ ادَّعَىٰ الشِّرَاءَ مِنْهُ .

قَالَ : وَإِنْ أقامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْبَيِّنَةَ عَلَىٰ الشِّرَاءِ مِنَ الْآخَرِ ، وَلَا تَارِيخَ مَعَهُمَا ؛ تَهَاتَرَتِ الْبَيِّنَتَانِ ، وَتُتْرَكُ الدَّارُ فِي يدِ ذِي الْيَدِ .

غاية البيان

الشِّرَاءِ مِنْهُ ؛ كانَ صَاحِبُ الْيَدِ أَوْلَىٰ) ، أي : قالَ القُدُورِيُّ في «مختصرِهِ»[١] ، وذلك لأنَّ دعوىٰ المِلْكِ المُطْلَقِ تَدُلُّ علىٰ أَوَّلِيَّةِ المِلْكِ ، فيقتَضِي أنْ يَكُونَ المِلْكُ للخارجِ أَوَّلًا ، والشِّرَاءُ منه يقتضِي تَلَقِّيَ المِلْكِ منه ابتداءً ؛ لأنَّ الشِّرَاءَ أمرٌ حادثٌ ، ولا تَنافِي بينَ الأمرَيْنِ ، فيُقْضَىٰ بِبَيِّنَةٍ ذي اليدِ ، فيُجْعَلُ كأنَّ ذا اليدِ أقَرَّ بِالمِلْكِ للخارجِ ، ثُمَّ أقامَ البَيِّنَةَ أنَّهُ اشتراهُ منهُ .

ثُمَّ إنَّما قَيَّدَ بشراءِ صاحبِ اليدِ ؛ لأنَّهُ إذا أقامَ كلُّ واحدٍ منهما البَيِّنَةَ علىٰ مِلْكٍ مُطْلَقٍ ؛ كانَتْ بَيِّنَةُ الخارجِ أَوْلَىٰ عندَنا مِنْ بَيِّنَةِ ذي [١٢/١٩٦ظ/د] اليدِ ، خلافًا لِلشَّافِعِيِّ رضي الله عنه[٢] ؛ لأنَّها أكثرُ إثباتًا ، والمسألةُ معروفةٌ في «**طريقةِ الخلافِ**»[٣] .

قولُه : (قَالَ : وَإِنْ أقامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْبَيِّنَةَ عَلَىٰ الشِّرَاءِ مِنَ الْآخَرِ ، وَلَا تَارِيخَ مَعَهُمَا ؛ تَهَاتَرَتِ الْبَيِّنَتَانِ ، وَتُتْرَكُ الدَّارُ في يدِ ذي اليدِ) ، أي : قالَ القُدُورِيُّ رحمه الله في «مختصرِهِ»[٤] ، **أي** : ادَّعَىٰ الخارجُ أنَّهُ اشْتَرَىٰ مِن ذي اليدِ ، وادَّعَىٰ ذو اليدِ أنَّهُ اشْتَرَىٰ مِنَ الخارجِ ، وأقاما البَيِّنَةَ علىٰ ذلكَ ؛ تهاترَتِ البيِّنتانِ عندَهما . أي : تساقطَتْ ، خلافًا لمحمدٍ رحمه الله .

(١) ينظر : «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢١٥] .
(٢) مذهبُ الشافعي : أنَّهُ إذا أقام صاحبُ اليد بينةً ؛ تُسْمَع ، ويُقْضَىٰ لصاحب اليد ؛ لأنهما استوَيا في إقامة البينة ، وترجَّح جانبُ المُدَّعَىٰ عليه باليد . ينظر : «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٨/٣٢٠] . و«التنبيه في الفقه الشافعي» للشيرازي [ص/٢٦٢] .
(٣) ينظر : «طريقة الخلاف» للعلاء السمرقندي [ص/٤٠٢ - ٤٠٥] .
(٤) ينظر : «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢١٥] .

قَالَ الْعَبْدُ الضَّعِيفُ ﷺ: وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وأبي يُوسُفَ. وَعَلَىٰ قَوْلِ مُحَمَّدٍ يَقْضِي بِالْبَيِّنَتَيْنِ وَيَكُونُ لِلْخَارِجِ؛ لِأَنَّ الْعَمَلَ بِهِمَا مُمْكِنٌ، فَيُجْعَلُ كَأَنَّهُ

غاية البيان

قالَ شيخُ الإسلامِ خُوَاهَر زَادَه في «مبسوطِهِ»: إذا ادَّعَىٰ كلُّ واحدٍ منهما تَلَقِّيَ المِلْكِ مِنْ جهةِ صاحبِه، كدارٍ في يدِ رَجُلٍ، جاءَ رَجُلٌ وادَّعَىٰ أَنَّهُ اشتراها مِنْ ذي اليدِ بألفِ درهمٍ ونقَدَه الثَّمَنَ، وادَّعَىٰ ذو اليدِ أَنَّهُ اشتراها مِنَ الخارجِ بخَمسِ مئةِ درهمٍ ونقَدَه الثَّمَنَ، وأقاما جميعًا البَيِّنَةَ على ما ادَّعَيَا؛ فهذا لَا يَخْلُو مِنْ أربعةِ أوجهٍ:

- إمَّا إنْ لمْ يُؤَرِّخا،
- أوْ أرَّخَا وتاريخُهما علىٰ السواءِ،
- أوْ أرَّخَ أحدُهما، ولَمْ يُؤَرِّخِ الآخر،
- أوْ أرَّخَا وتاريخُ أحدِهما أسبقُ.

فإنْ لَمْ يُؤَرِّخا، أوْ أرَّخَا وتاريخُهما علىٰ السواءِ، أوْ أرَّخَ أحدُهما دونَ الآخرِ[1]؛ فعلَىٰ قولِ أبي حَنِيفَةَ [٦/١٢٤ظ/م] وأبي يوسفَ ﷺ: تَتَهَاتَر البيِّنَتانِ، وتُتْرَكُ الدَّارُ في يدِ ذي اليدِ [١٢/١٩٧و/د] قَضَاءَ ترْكٍ، لَا قَضَاءَ اسْتِحْقَاقٍ، سواءٌ شَهِدَ الشهودُ بِالشِّرَاءِ والقَبْضِ جميعًا، أوْ شُهِدُوا بِالشِّرَاءِ، ولَمْ يَشْهَدُوا بِالقَبْضِ[2].

وعند محمدٍ ﷺ: تُقْبَلُ البيِّنَتانِ جميعًا، ويُقْضَىٰ بعقدَيْنِ، إلَّا أنَّهم [إنْ][3] [٢/٣٦٦ظ] شَهِدُوا بِالشِّرَاءِ، أوْ لَمْ يَشْهَدُوا بِالقَبْضِ، فإنّ شِرَاءَ ذي اليدِ يُقَدَّمُ علىٰ شِرَاءِ الخارجِ، فيُجْعَلُ كأنَّ ذي اليدِ اشترىٰ أولًا مِنَ الخارجِ، وقبَضَ ثُمَّ باعَ مِنَ الخارجِ، ولم يُسَلِّمْ إليهِ، فيُؤْمَرُ بالتسليمِ مِنَ الخارجِ.

وإنْ شَهِدُوا بالقبضِ والشراءِ جميعًا، فإنَّهُ يُقَدَّمُ شراءُ الخارجِ علىٰ شراءِ ذي

(١) وقع بالأصل: «دون أحدهما». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».
(٢) ينظر: «المحيط البرهاني في الفقه النعماني» [٧/٥٩].
(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: النسخة الأم «د»، و«م».

اشْتَرَىٰ ذُو الْيَدِ مِنَ الْآخَرِ وَقَبَضَ ثُمَّ بَاعَ ؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ دِلَالَةُ السَّبْقِ عَلَىٰ مَا مَرَّ، وَلَا يَعْكِسُ الْأَمْرَ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ قَبْلَ الْقَبْضِ لَا يَجُوزُ، وَإِنْ كَانَ فِي الْعَقَارِ عِنْدَهُ.

غاية البيان

اليدِ، كانَ الخارج اشْتَرَىٰ أوَّلًا مِن ذي اليدِ وقبَضَ، ثُمَّ باعَ مِن ذي اليدِ بعدَ ذلكَ وسَلَّمَ إليه، فيُقْضَىٰ لذي اليدِ شِرَاءٌ مِن الخارج. نصَّ علىٰ هذا الفصلِ في «**الجامعِ الكبيرِ**»(١)، يَعْنِي: في البيوع في البابِ الذي يُلَقَّبُ بالبابِ الطويلِ.

فأمَّا محمدٌ رحمه الله: ذهبَ في ذلكَ إلىٰ أنَّ البيناتِ حُجَجٌ، فيَجِبُ العملُ بها ما أمْكَنَ، وإنَّما يُمْكِنُ العملُ بالبيِّنتَيْنِ إذا تقَدَّمَ أحدُ الشرائَيْنِ بعَيْنِه على الآخرِ، ألا ترىٰ أنَّ الشهودَ لوْ أرَّخوا وتاريخُ أحدِهما أسبقُ حتىٰ ثبَتَ تقدُّمُ أحدِ الشرائيْنِ بعَيْنِه علىٰ الآخرِ، فإنه يُقْضَىٰ بعقدَيْنِ، وهنا أحدُ الشرائَيْنِ بعَيْنِه يُقَدَّمُ علىٰ الآخرِ مِنْ حيثُ الحُكْمُ والمعنىٰ، فيَجِبُ العملُ بالبيِّنتَيْنِ، كما [١٢/١٩٧ظ/د] لوْ ثبَتَ تقدُّمُ أحدِهما بعَيْنِه علىٰ الآخرِ حقيقةً بالتاريخِ.

أمَّا إذا شَهِدُوا بِالشِّرَاءِ، ولَمْ يَشْهَدُوا بِالقَبْضِ ؛ فلأنَّ الثابتَ لذي اليدِ شِرَاءٌ معَ القَبْضِ مُعَايَنَةً، والثابتُ للخارجِ شِرَاءٌ مِنْ غيرِ قبْضٍ، فإنَّ الشهودَ شَهِدُوا لهُ بمجردِ الشِّرَاءِ، ولَمْ يَشْهَدُوا لهُ بِالقَبْضِ، ولَمْ يَثْبُتِ(٢) القَبْضُ مُعَايَنَةً، والشِّرَاءُ معَ القَبْضِ آكَدُ مِنَ الشِّرَاءِ مِنْ غيرِ قبْضٍ، فاعْتُبِرَ شراؤُهُ سابقًا علىٰ شِرَاءِ الخارجِ بسببِ الوكَادَةِ، فإنَّهُ لوْ لَمْ يَكُنْ شراؤُه سابقًا ؛ لَمْ يُمَكَّنْ مِنْ قَبْضِه، وإذا ثبَتَ تقدُّمُ شِرَاءِ ذي اليدِ مِنْ حيثُ المعنىٰ والحُكْمُ ؛ كانَ بمنزلةِ ما لوْ ثبَتَ ذلكَ حقيقةً بالتاريخِ، ولو ثبَتَ حقيقةً بالتاريخِ وجَبَ القَضَاءُ بالعقديْنِ، فكذلكَ هذا.

وإنْ شَهِدُوا بِالشِّرَاءِ والقَبْضِ جميعًا ؛ يُقَدَّمُ شِرَاءُ الخارجِ، فإنَّ الانقضاءَ يَدُلُّ

---

(١) لَمْ نظفر بهذا الباب في القدر المطبوع مِن: «الجامع الكبير». وهي طبعة ناقصة كما أشَرْنا إلىٰ هذا الأمر غير مرة.

(٢) وقع بالأصل: «يثبتوا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

غاية البيان

علىٰ السبقِ، والقيامُ علىٰ التأخُّر، فاعْتُبِر شِرَاءُ الخارجِ سابقًا علىٰ شِرَاءِ ذي اليدِ بضَرْبٍ مِن المعنىٰ، فكانَ بمنزلةِ ما لوْ ثَبَتَ حقيقةً بالتاريخِ، وليسَ كالإقرارِ، فإنَّه تَتَهَاتَر البيِّنَتانِ [٦/١٢٥و/م] إذا لَمْ يُؤَرِّخا، وادَّعَىٰ كلُّ واحدٍ منهما الإِقْرَارَ مِنْ جهةِ صاحبِه؛ لأنَّهُ لَمْ يُمْكِنْ إثباتُ السبقِ لأحدِ الإقرارَيْنِ بعَيْنِه، لَا بالتاريخِ، ولا مِنْ حيثُ المعنىٰ.

أَمَّا مِنْ حيثُ التاريخُ [١٢/١٩٨و/د]: فلَا إشكالَ، فإنَّهم[1] لَمْ يَشْهَدُوا بالتاريخِ.

وأَمَّا مِنْ حيثُ المعنىٰ بِالقَبْض: بأنْ يُجْعَل الإِقْرَارُ لذي اليدِ سابقًا بحُكْمِ القَبْضِ؛ فلأنَّ الإِقْرَارَ لَا يتأكَّدُ بِالقَبْضِ حتىٰ يُجْعَلَ القَبْضُ دليلَ السبقِ مِنْ حيثُ المعنىٰ.

ولهذا قالُوا: لوِ ادَّعَيَا الإِقْرَارَ مِنْ جهةِ ثالثٍ، والشيءُ في يدِ أحدِهما، وأقاما البيِّنَتَيْنِ، فإنه يُقْضَىٰ بينهما نصفَيْنِ، ولا يتَرَجَّحُ ذو اليدِ بِالقَبْضِ، وإذا لَمْ تُعْتَبَر اليدُ دليلَ السبقِ في بابِ الإِقْرَارِ؛ لَمْ يَثْبُتْ سبْقُ أحدِهما علىٰ الآخرِ بعَيْنِه، لَا مِنْ حيثُ الحقيقةُ، ولا مِنْ حيثُ المعنىٰ، فيُجْعَلُ كأنَّهما وَقَعا معًا، كما في الغَرْقَىٰ والحَرْقَىٰ.

ولوْ وَقَعا معًا بَطَلَا، ولمَّا لَمْ يُمْكِنْ إثباتُ السبقِ لأحدِهما بعَيْنِه؛ لَمْ يُمْكِنِ العملُ بالبينتيْنِ، فتَهَاتَرَتَا، وأَمَّا إثباتُ السبقِ لأحدِ الشرائيْنِ بسببِ القَبْضِ مُمْكِنٌ علىٰ الآخرِ مِنْ حيثُ المعنىٰ، فأمْكَنَ العملُ بالبينتَيْنِ، فوَجَبَ العملُ بهما.

وأَمَّا أبو حَنِيفَةَ وأبو يوسفَ رضي الله عنهما: ذهبَا في ذلكَ إلىٰ أنَّ الشرائَيْنِ قد ظهَرا، وجُهِلَ التاريخُ بينهما، فيُجْعَل كأنَّهما وَقَعا معًا، كما لوِ ادَّعَيَا الشِّرَاءَ مِن ثالثٍ،

(١) وقع بالأصل: «فإنه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

....

غاية البيان

وأقاما[١] البَيِّنَةَ ولَمْ يُؤَرِّخا، أوْ أرَّخَا وتاريخُهما على السواءِ، جُعِلَ كأنهما وَقَعا معًا، إلَّا أنَّهما لوْ وَقَعا معًا حقيقةً صحَّا ولَمْ يَبْطُلا [١٢/١٩٨ظ/د]، فكذا إذا اعْتُبِرَا واقعَيْنِ حُكْمًا.

وهنا لوْ وَقَعا معًا حقيقةً بَطَلَا، بأنْ قالَ أحدُهما: بِعْتُ منكَ، وقالَ الآخرُ: بِعْتُ منكَ، وخرَجَ [٢/٣٦٧و] الكلامانِ معًا بَطَلَا، وكذلكَ إذا أرَّخَ أحدُهما؛ لأنَّهُ لَا عبرةَ لتاريخِ أحدِهما في قولِ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ رضي الله عنهما الأول: متىٰ ادَّعَىٰ كلُّ واحدٍ منهما الشِّرَاءَ مِن رَجُلٍ آخرَ غيرِ الذي ادَّعاه صاحبُه، وإذا لَمْ يَكُنْ لتاريخِ أحدِهما عبرةٌ؛ صارَ التاريخُ وعدُمه بمنزلةٍ، فيُجْعَلُ كأنَّهما وَقَعا معًا كما في الإقرارَيْنِ.

فأَمَّا إذا وَقَّتا، ووقْتُ أحدِهما أسبقُ، بأنّ أرَّخَ أحدُهما منذُ شهريْنِ، والآخرُ منذُ شهرٍ، فهذا علىٰ وجْهَيْنِ: إمَّا أنْ يَكُونَ أسبقَهما تاريخًا هوَ الخارجُ[٢]، أوْ ذا اليدِ، فإنْ كانَ الخارجُ: فهوَ علىٰ وجْهَيْنِ: إمَّا إنْ شَهِدَ الشهودُ بِالقَبْضِ والشِّرَاءِ جميعًا، أوْ شَهِدُوا بِالشِّرَاءِ دونَ القَبْضِ، فإنْ شَهِدُوا بالشراءِ [٦/١٢٥ظ/م] والقَبْضِ جميعًا: فإنَّه يُقْضَىٰ بالعقدَيْنِ جميعًا، حتىٰ لوْ كانَ الثمَنانِ مِنْ جنسٍ واحدٍ، ولَمْ يَنْقُدا تقاصَّا، إلَّا أنَّهُ يُقْضَىٰ بالدارِ لآخِرِهما تاريخًا.

أَمَّا القَضاءُ بالعقديْنِ: فلأنَّه أمْكَنَ ذلكَ؛ لأنَّهُ ثَبَتَ تقدُّمُ شِرَاءِ الخارجِ علىٰ شِرَاءِ ذي اليدِ بِالبَيِّنَةِ، والثابتُ بِالبَيِّنَةِ كالثابتِ مُعَايَنَةً، ولوْ عايَنَا أنَّ الخارجَ اشْتَرَىٰ أوَّلًا وقبَضَ، ثُمَّ باعَ مِنْ [١٢/١٩٩و/د] ذي اليدِ وسَلَّمَ إليه؛ كُنَّا نقْضِي بالعَقْدَيْنِ،

---

(١) وقع بالأصل: «وأقام». والمثبت من: النسخة الأم «د»، و«ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٢) وقع بالأصل: «إمَّا أنْ يكون أحدُهما أسبقَ تاريخًا هو الخارج». والمثبت من: النسخة الأم «د»، و«ن»، و«م»، و«غ»، و«ض».

. . . .

ونقْضِي بالدارِ لآخِرِهما[١] تاريخًا، وهوَ ذو اليدِ، فكذا إذا ثَبَتَ هذا بِالبَيِّنَةِ.

وإنْ شَهِدُوا بِالشِّرَاءِ، ولَمْ يَشْهَدُوا بِالقَبْضِ؛ فإنَّه يُقْضَىٰ بالدارِ لذي اليدِ عندَهم جميعًا بعلتَيْنِ مختلفتَيْنِ، وهلْ يُقْضَىٰ بالعقْدَيْنِ؟ علىٰ قولِ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ ﵄: يُقْضَىٰ، وعلىٰ قولِ محمدٍ ﵀: لَا يُقْضَىٰ، وذلك لأنَّ تقدُّمَ شِرَاءِ الخارجِ ثَبَتَ علىٰ شِرَاءِ ذي اليدِ بِالبَيِّنَةِ، ولَمْ يَثْبُتْ قَبْضُ الخارجِ، والثابتُ بِالبَيِّنَةِ كالثابتِ مُعَايَنَةً[٢].

ولوْ عايَنَ القاضي أنَّ الخارجَ اشْتَرَىٰ أوَّلًا ولَمْ يقْبِضْ، ثُمَّ باعَ بعدَ ذلكَ مِنْ ذي اليدِ قبْلَ القَبْضِ؛ صحَّ العقْدانِ جميعًا: شِرَاءُ الخارجِ، وشِرَاءُ ذي اليدِ بعْدَه قبْلَ التَّسْلِيمِ إلىٰ الخارجِ؛ لأنَّ بَيْعَ العَقَارِ قبْلَ القَبْضِ جائزٌ، فكذا إذا ثَبَتَ بِالبَيِّنَةِ، وإذا ثَبَتَ شِرَاءُ ذي اليدِ آخرًا؛ قُضِيَ بالدارِ لهُ عندَهما، وقُضِيَ بالعقدَيْنِ، حتىٰ لوْ كانَ الثمَنانِ مِن جنسٍ واحدٍ، ولَمْ يَنْقُدِ الثَّمَنَ تقاصَّا.

وعندَ محمدٍ: القَضَاءُ بالعقدَيْنِ مُتَعَذِّرٌ، كما لوْ ثَبَتَ مُعَايَنَةً، فإنَّا لوْ عايَنَّا أنَّ الخارجَ اشْتَرَىٰ أوَّلًا مِن ذي اليدِ، فقَبْلَ أنْ يَقْبِضَ ما اشْتَرَىٰ مِن ذي اليدِ باعَ بعْدَ ذلكَ مِن ذي اليدِ، لَا يصحُّ؛ لأنَّ مِن مذْهَبِه: أنَّ بَيْعَ المُشْتَرَىٰ قبْلَ القَبْضِ لا يَجُوزُ، عقَارًا كانَ أوْ منقولًا.

فكانَ القَضَاءُ بالعقدَيْنِ [١٢/١٩٩ظ/د] متعذِّرًا علىٰ مذهبِه، حتىٰ لوْ كانَ الثمنانِ مِن جنسٍ واحدٍ، ولَمْ ينْقُدا؛ لَا يقَعُ مقَاصَّةً، ولكنْ يُقْضَىٰ بالدارِ لذي اليدِ بحُكْمِ الفَسْخِ؛ لأنَّهُ لَمَّا تعذَّر تصحيحُه بيْعًا مِن ذي اليدِ قبْلَ القَبْضِ؛ يُجْعَلُ فسْخًا وإقالةً،

---

(١) وقع بالأصل: «لأحدهما». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

(٢) ينظر: «المبسوط» للسرخسي [٥٥/١٧]، «المحيط البرهاني» [٤١/٩]، «البناية شرح الهداية» [٣٩٨/٩].

. . . .

غاية البيان

كما لوْ وهبَ المُشْتَرِي المَبيعَ مِنَ البَائِعِ قبْلَ القَبْضِ والمَبيعُ نَقْلِيٌّ؛ يُجْعَلُ إقالةً لَمَّا تعَذَّرَ تصحيحُه هِبَةً، فكذلكَ هنا الخارجُ لَمَّا باعَ ما اشْتَرَىٰ مِن بائعِه قبْلَ القَبْضِ، ولَمْ يُمْكِنْ تصحيحُه بيعًا؛ يُعْتَبرُ إقالةً، فتصيرُ الدَّارُ لذي اليدِ بحُكْمِ الإِقَالَةِ.

وما ذُكِرَ في الكتبِ: أنَّ المُشْتَرِيَ إذا باعَ المَبيعَ مِنَ البَائِعِ قبْلَ القَبْضِ لَا يَجُوزُ، فذلكَ قولُهما، فأَمَّا علىٰ قولِ محمدٍ: يَكُونُ إقالةً.

فأَمَّا إذا كانَ [٦/١٢٦و/م] أسبقُهما ذا اليدِ؛ فإنه يُقْضَىٰ بهِ للخارجِ، ويُقْضَىٰ بعقْدَيْنِ عندَهم جميعًا، شَهِدُوا بِالقَبْضِ، أوْ لَمْ يَشْهَدُوا، وأَمَّا إذا شَهِدُوا بِالقَبْضِ؛ فلأنَّه لَمْ يَثْبُتْ سبْقُ شِرَاءِ ذي اليدِ علىٰ شِرَاءِ الخارجِ وقبْضِه بِالبَيِّنَةِ العادلةِ، والثابتُ بِالبَيِّنَةِ العادلةِ كالثابتِ مُعَايَنَةً.

ولوْ عايَنَ القاضي أنَّ ذا اليدِ اشْتَرَىٰ أوَّلًا وقبَضَ، ثُمَّ باعَ مِنَ الخارجِ [٢/٣٦٧ظ] وسَلَّمَ إليه، والآنَ نراهُ في يدِ ذي اليدِ؛ كنا نقْضِي بعقْدَيْنِ، ونرُدُّه علىٰ الخارجِ، كذا هذا، وإنْ لَمْ يَشْهَدُوا بِالقَبْضِ: فإنَّه يُقْضَىٰ بعقْدَيْنِ، ويُقْضَىٰ بالدارِ للخارجِ في قولِهم جميعًا.

أَمَّا القَضَاء بعقْدَيْنِ: فلأنَّه ثَبَتَ سبْقُ شِرَاءِ ذي اليدِ بعَيْنِه علىٰ شِرَاءِ الخارجِ [١٢/٢٠٠و/د] بِالبَيِّنَةِ، وثَبَتَ قبْضُه مُعَايَنَةً، وثَبَتَ شِرَاءُ الخارجِ بعدَ ذلكَ مِنْ غيرِ قبْضٍ بِالبَيِّنَةِ.

ولوْ ثَبَتَ الأمرانِ مُعَايَنَةً، صحَّ العقْدانِ، فإنَّه لوِ اشْتَرَىٰ ذو اليدِ أوَّلًا وقبَضَ، ثُمَّ باعَ مِنَ الخارجِ ولَمْ يُسَلِّمْ؛ يُقْضَىٰ بعقْدَيْنِ، ويُؤْمَرُ بالتسليمِ إلىٰ الخارجِ عندَهم جميعًا، فكذا إذا ثَبَتَ بِالبَيِّنَةِ. كذا ذكرَ خُوَاهَر زَادَه في «مبسوطِهِ» في باب الدعوىٰ في الشِّرَاءِ والصَّدَقَةِ والوقتِ في ذلك، وبَاقِي التفريعِ يُعْلَمُ في البابِ الطويلِ مِنْ

وَلَهُمَا: أَنَّ الْإِقْدَامَ عَلَىٰ الشِّرَاءِ إِقْرَارٌ مِنْهُ بِالْمِلْكِ لِلْبَائِعِ، فَصَارَ كَأَنَّهُمَا قَامَتَا عَلَىٰ الْإِقْرَارَيْنِ وَفِيهِ التَّهَاتُرُ بِالْإِجْمَاعِ كَذَا هُنَا، وَلِأَنَّ السَّبَبَ يُرَادُ لِحُكْمِهِ وهوَ الْمِلْكُ، وَلَا يُمْكِنُ الْقَضَاءُ لِذِي الْيَدِ إِلَّا بِمِلْكٍ مُسْتَحَقٍّ فَبَقِيَ الْقَضَاءُ لَهُ بِمُجَرَّدِ السَّبَبِ وَأَنَّهُ لَا يُفِيدُهُ.

ثُمَّ لَوْ شَهِدَتِ الْبَيِّنَتَانِ عَلَىٰ نَقْدِ الثَّمَنِ فَالْأَلْفُ بِالْأَلْفِ قِصَاصٌ عِنْدَهُمَا إِذَا اسْتَوَيَا لِوُجُودِ قَبْضٍ مَضْمُونٍ مِنْ كُلِّ جَانِبٍ، وَإِنْ لَمْ يَشْهَدُوا عَلَىٰ نَقْدِ الثَّمَنِ؛ فَالْقَضَاءُ مَذْهَبُ مُحَمَّدٍ لِلْوُجُوبِ عِنْدَهُ.

غاية البيان

بيوعِ «الجامعِ الكبيرِ».

قولُه: (وَلَهُمَا: أَنَّ الْإِقْدَامَ عَلَىٰ الشِّرَاءِ إِقْرَارٌ مِنْهُ بِالْمِلْكِ لِلْبَائِعِ، فَصَارَ كَأَنَّهُمَا قَامَتَا عَلَىٰ الْإِقْرَارَيْنِ)، يَعْنِي: أنَّ دخولَ كلِّ واحدٍ منهما في البَيْعِ إِقْرَارٌ منه بِالمِلْكِ لبائعِه، فصارَ كأنَّ كلَّ واحدٍ منهما أقامَ البَيِّنَةَ علىٰ إِقْرَار الآخرِ له، ولوْ أقامُوا البَيِّنَةَ علىٰ الإِقْرَارِ تَهَاتَرَ البيِّنَتانِ، كذلكَ هذا، ويَبْقَىٰ الشيءُ في يدِ الذي هوَ في يديه[1]. كذا في «شرحِ الأقطعِ».

قولُه: (وَلِأَنَّ السَّبَبَ يُرَادُ لِحُكْمِهِ وهوَ الْمِلْكُ)، يَعْنِي: أنَّ السَّبَبَ إذا كانَ مفيدًا للحُكْمِ يُعْتَبَرُ، وإلَّا فلَا، وهنا السَّبَبُ - وهوَ شِرَاءُ كلِّ واحدٍ منهما مِنْ صاحبِه - لَا يُفِيدُ الحُكْمَ، وهوَ المِلْكُ؛ لأنَّ القَضَاءَ بِالمِلْكِ لأحدِهما لَا يُمْكِنُ إلَّا علىٰ وَجْهٍ يسْتَحِقُّ المِلْكَ عليْهِ صاحبُه [١٢/٢٠٠ظ/د]، فيَبْقَىٰ مجردُ السَّبَبِ بلَا حُكْمٍ، فلَا يُعْتَبَرُ إثباتُه، فَتَهَاتَرَ البيِّنَتانِ.

قولُه: (فَإِنْ لَمْ يَشْهَدُوا عَلَىٰ نَقْدِ الثَّمَنِ؛ فَالْقَضَاءُ مَذْهَبُ مُحَمَّدٍ لِلْوُجُوبِ عِنْدَهُ)، أي: لوجوبِ الثَّمَنِ عندَ محمدٍ رحمه الله؛ لأنَّ البيعَيْنِ لَمَّا ثَبَتا عندَه كانَ كلُّ

(١) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٢٦٠].

وَلَوْ شَهِدَ الْفَرِيقَانِ بِالْبَيْعِ وَالْقَبْضِ؛ تَهَاتَرَتَا بِالْإِجْمَاعِ؛ لأنَّ الْجَمْعَ غَيْرُ مُمْكِنٍ عندَ مُحَمَّدٍ لِجَوَازِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْبَيْعَيْنِ، بخلافِ الْأَوَّلِ.

وَإِنْ وَقَّتَتِ الْبَيِّنَتَانِ فِي الْعَقَارِ، وَلَمْ تُبَيِّنَا [٧٨/و] قَبْضًا، وَوَقْتُ الْخَارِجِ أَسْبَقُ؛ يُقْضَىٰ لِصَاحِبِ الْيَدِ عِنْدَهُمَا فَيُجْعَلُ كَأَنَّ الْخَارِجَ اشْتَرَىٰ أَوَّلًا ثُمَّ بَاعَ قَبْلَ الْقَبْضِ مِنْ صَاحِبِ الْيَدِ، وَهُوَ جَائِزٌ فِي الْعَقَارِ عِنْدَهُمَا.

واحدٍ منهما مُوجبًا للثَّمَنِ عندَه علىٰ مُشْتريه، فيتَقاصّ الوُجُوبُ بالوجوبِ.

قولُه: (وَلَوْ شَهِدَ الْفَرِيقَانِ بِالْبَيْعِ وَالْقَبْضِ؛ تَهَاتَرَتَا بِالْإِجْمَاعِ؛ لأنَّ [٦/١٢٦ظ/م] الْجَمْعَ غَيْرُ مُمْكِنٍ عندَ محمدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لِجَوَازِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْبَيْعَيْنِ، بخلافِ الْأَوَّلِ)، أي: لوْ شَهِدَ فَرِيقا شهودِ الخارجِ وذي اليدِ؛ تهاتَرَا بالإجماع علىٰ اختلافِ التخريجِ.

أَمَّا عندَهما: فباعتبارِ أنَّ دعوىٰ كلِّ واحدٍ منهما إِقْرَارٌ بِالمِلْكِ لصاحبِه، ولوْ أثبتوا إِقْرَارَ كلِّ واحدٍ منهما يتَهَاتَرُ البيِّنَتانِ، فكذلكَ هذا.

وعندَ محمدٍ: باعتبارِ أنَّهم لَمَّا أثبتُوا البَيْعَ والقَبْضَ لكلِّ واحدٍ منهما؛ كانَ بَيْعُهما جائزًا، وليسَ أحدُهما بأَوْلَىٰ مِنَ الآخرِ، فتسَاقَطا للتعارُضِ، فبَقِيَ العينُ علىٰ يدِ صاحبِ اليدِ كما كانَتْ، فصارَ كأنَّهم لَمْ يَشْهَدُوا، وهوَ معنىٰ قولِه: (لِأَنَّ الْجَمْعَ غَيْرُ مُمْكِنٍ).

بخلافِ الأوَّلِ، وهوَ ما إذا لَمْ يَشْهَدُوا بِالقَبْضِ، حيثُ يُقْضَىٰ بالبَيِّنَتَيْنِ، ويَكُونُ [١٢/٢٠١و/د] للخارجِ عندَه؛ لأنَّ الجمعَ بينَ البيِّنَتَيْنِ مُمْكِنٌ؛ لأنَّا لوْ جعلْنا بَيْعَ الخارجِ لاحِقًا؛ يَلْزَمُ البَيْعُ قبلَ القَبْضِ، وهوَ لَا يَجُوزُ، فيُجْعَلُ بَيْعُه سابقًا.

قولُه: (وَإِنْ وَقَّتَتِ الْبَيِّنَتَانِ فِي الْعَقَارِ، وَلَمْ تُبَيِّنَا قَبْضًا، وَوَقْتُ الْخَارِجِ أَسْبَقُ؛ يُقْضَىٰ لِصَاحِبِ الْيَدِ عِنْدَهُمَا).

وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَقْضِي لِلْخَارِجِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ لَهُ بَيْعُهُ قَبْلَ الْقَبْضِ فَبَقِيَ عَلَىٰ مِلْكِهِ ، وَإِنْ بَيَّنَا قَبْضًا يُقْضَىٰ لِصَاحِبِ الْيَدِ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَيْنِ جَائِزَانِ عَلَى الْقَوْلَيْنِ .

وَإِنْ كانَ وَقْتُ صَاحِبِ الْيَدِ أَسْبَقَ ؛ يُقْضَىٰ لِلْخَارِجِ فِي الْوَجْهَيْنِ فَيُجْعَلُ كَأَنَّهُ اشْتَرَاهُ ذُو الْيَدِ وَقَبَضَ ثُمَّ بَاعَ وَلَمْ يُسَلِّمْ أَوْ سَلَّمَ ثُمَّ وَصَلَ إِلَيْهِ بِسَبَبٍ آخَرَ .

قَالَ: وَإِنْ أقامَ أَحَدُ الْمُدَّعِيَيْنِ شاهِدَيْنِ ، وَالْآخَرُ أَرْبَعَةً ؛ فَهُمَا سَوَاءٌ ؛

غاية البيان

وإنما قَيَّدَ بالعقارِ ؛ ليتأتَّىٰ الخلافُ المذكورُ ، وإنما يُقْضَىٰ لصاحبِ اليدِ عندَهما ؛ لأنَّ بَيْعَ العَقَارِ قبْلَ القَبْضِ يَصِحُّ عندَهما ، فيُجْعَلُ كأنَّ الخارجَ اشْتَرَىٰ ثُمَّ باعَ مِن ذي اليدِ قبْلَ القَبْضِ .

وعندَ محمدٍ رحمه الله: **يُقْضَىٰ** للخارجِ ؛ لأنَّ بَيْعَ العَقَارِ قبْلَ القَبْضِ **لَا يَصِحُّ** عندَه كالمنقولِ ، فيُجْعَلُ كأنَّ ذا اليدِ اشْتَرَىٰ ، ثم باعَ ولَمْ يُسَلِّمْ[1] .

قولُه: (وَإِنْ بَيَّنَا قَبْضًا يُقْضَىٰ لِصَاحِبِ الْيَدِ) ، أي: بالاتفاقِ ، يَعْنِي: في العَقَارِ ، فيُجْعَلُ كأنَّ الخارجَ اشْتَرَىٰ[2] وقبَضَ [٢/٣٦٨و] ، ثُمَّ باعَ مِن ذي اليدِ **(عَلَى الْقَوْلَيْنِ)** ، أي: علىٰ قولِهما وقولِ محمدٍ رضي الله عنهم .

قولُه: (وَإِنْ كانَ وَقْتُ صَاحِبِ الْيَدِ أَسْبَقَ ؛ يُقْضَىٰ لِلْخَارِجِ فِي الْوَجْهَيْنِ) ، أي: فيما إذا شَهِدَ الشهودُ بِالقَبْضِ ، أوْ لَمْ يَشْهَدُوا بهِ .

ووجْهُه: أنَّ شِرَاءَ ذي اليدِ وقَبْضَه يُجْعَلُ سابقًا ، ثُمَّ يُجْعَلُ كأنَّهُ باعَ ولَمْ يُسَلِّمْ ، أوْ باعَ وسَلَّمَ إلىٰ الخارجِ ، ثُمَّ وصَلَ إلىٰ ذي اليدِ [١٢/٢٠١ظ/د] بسببٍ آخرَ .

قولُه: (قَالَ: وَإِنْ أقامَ أَحَدُ الْمُدَّعِيَيْنِ شَاهِدَيْنِ ، وَالْآخَرُ أَرْبَعَةً ؛ فَهُمَا سَوَاءٌ) ،

---

(١) ينظر: «العناية شرح الهداية» [٢٧٤/٨] ، «البناية شرح الهداية» [٤٠٠/٩] ، «تبيين الحقائق» [٣٢٢/٤] ، «البحر الرائق» [٢٤٦/٧] ، «قره عين الأخيار لتكملة رد المحتار» [١٥٥/٨] .

(٢) وقع بالأصل: «الخارج استوىٰ» . والمثبت من: «ن» ، و«م» ، و«تح» ، و«غ» .

لِأَنَّ شِهَادَةَ كُلِّ الشَّاهِدَيْنِ عِلَّةٌ تَامَّةٌ كَمَا فِي حَالَةِ الِانْفِرَادِ، وَالتَّرْجِيحُ لَا يَقَعُ بِكَثْرَةِ الْعِلَلِ بَلْ بِقُوَّةٍ فِيهَا عَلَىٰ مَا عُرِفَ.

غاية البيان

أي: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصرِهِ»[1]، يَعْنِي: لَا يَتَرَجَّحُ أحدُ المُدَّعِيَيْنِ علىٰ الآخرِ بزيادةِ العددِ في بَيِّنَتِه.

قالَ شيخُ الإسلامِ خُوَاهَر زَادَه في «مبسوطِهِ»: «قال الشَّافِعِيُّ رضي الله عنه: يَثْبُتُ الرجْحانُ بزيادةِ العددِ في الشهودِ وبزيادةِ العَدَالَةِ[2]، وهوَ قولُ مالكٍ رضي الله عنه[3]».

والأصلُ: أنَّ الترجيحَ لَا يقَعُ بكثرةِ العِلَلِ؛ لأنَّ كلَّ عِلَّةٍ صالحةٌ لنَصْبِ الحُكْمِ [٦/١٢٧و/م] ابتداءً، ولا تَتَرَجَّحُ نفْسُ العِلَّةِ علىٰ عِلَّةٍ أُخرىٰ إلَّا إذا كانَتْ في إحداهما وصْفٌ زائدٌ، وهوَ القوةُ فيها دونَ الأُخرىٰ، وكلُّ شاهدَيْنِ مِنَ الأربعةِ يصْلُحانِ أنْ يكونا عِلَّةً، فلَا يَتَرجَّحَانِ بانضمامِ شاهديْنِ آخريْنِ إليهما.

أَلَا ترىٰ إلىٰ ما قالَ شمسُ الأئمةِ السَّرْخَسِيُّ في «**أصولِه**» في بابِ الترجيحِ: «إنَّ ما يَصْلُحُ عِلَّةً للحُكْمِ ابتداءً، لَا يَصْلُحُ للترجيحِ بهِ، وإنَّما يَكُونُ الترجيحُ بما لَا يَصْلُحُ عِلَّةً موجبةً للحُكْمِ.

وبيانُ ذلكَ في الشهاداتِ: فإنَّ أحدَ المُدَّعِيَيْنِ لوْ أقامَ شاهدَيْنِ، وأقامَ الآخرُ أربعةً مِنَ الشهودِ؛ لَمْ يترَجَّحْ الذي شَهِدَ لهُ الأربعةُ؛ لأنَّ زيادةَ الشاهدَيْنِ في حقِّه عِلَّةٌ تامَّةٌ للحُكْمِ، فلَا تصْلُحُ مُرجِّحًا للحُكْمِ في جانبِه.

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢١٥].

(٢) **قال النووي**: «المذهب: أنَّهُ لَا ترجيح، وقيل: قولان، وفي الرواية: يَثْبُت الترجيح بذلك، وقيل: هي كالشهادة، والمذهب: الفرق؛ لأن للشهادة نصابًا فيتبع، ولا ضَبْط للرواية، فيُعْمَل بأرجح الظنَّيْنِ»، ينظر: «روضة الطالبين» للنووي [٢/٥٨]،

(٣) ينظر: «حاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير» [٤/٢٢٠]. و«حاشية الصاوِي علىٰ الشرح الصغير» [٤/٣٠٦].

....

وكذلكَ [١٢/٢٠٢و/د] زيادةُ شاهدٍ واحدٍ لأحدِ المُدَّعِيَيْنِ؛ لأنَّهُ مِنْ جنسِ ما تَقُومُ بهِ الحُجَّةُ، فلَا يقَعُ الترجيحُ بهِ أصلًا، وإنَّما يَقَعُ الترجيحُ بما يُقَوِّي رُكْنَ الحُجَّةِ، أوْ يُقَوِّي معنىٰ الصدقِ في الشَّهَادَةِ، وذلكَ في أنْ تتعارَضَ شَهَادَةُ المستورِ مع شَهَادَةِ العدْلِ، بأنْ أقامَ أحدُ المُدَّعِيَيْنِ: مستُورَيْنِ، والآخرُ: عدْلَيْنِ، فإنَّه يتَرَجَّحُ الذي شَهِدَ لهُ العَدْلانِ بظهورِ ما يُؤَكِّدُ معنىٰ الصدقِ في شَهَادَةِ شهودِه.

وكذلكَ في النَّسَبِ أوِ النِّكَاحِ، لوْ ترجَّحَ حُجةُ أحدِ الخصْمَيْنِ باتِّصال القَضَاءِ بها؛ لأنَّ ذلك ممَّا يُؤَكِّدُ رُكْنَ الحُجَّةِ، فإنَّ بقضاءِ القاضي يَتِمُّ معنىٰ الحُجَّة في الشَّهَادَةِ، ويتَعَيَّنُ جانبُ الصدقِ.

وعلىٰ هذا قلْنا في العلّتيْنِ إذا تعارَضَتا: لَا تَتَرَجَّحُ إحداهُما بانضمامِ عِلَّةٍ أُخرىٰ إليها، وإنَّما يتَرَجَّحُ بقوَّةِ الأثرِ فيها، فَبِهِ يَتَأَكَّدُ ما هوَ الرُّكْنُ في صحَّةِ العِلَّةِ، وكذلكَ الخبرانِ إذا تعارَضا لَا يتَرَجَّحُ أحدُهما علىٰ الآخرِ بخبرٍ آخرَ، بلْ بما بهِ يَتَأَكَّدُ معنىٰ الحُجَّةِ فيه، وهوَ الاتصالُ برسولِ اللهِ ﷺ، حتىٰ ترجَّحَ المشهورُ بكثرةِ رُواتِه علىٰ الشاذِّ؛ لظهورِ زيادةِ القوَّةِ فيهِ مِنْ حيثُ الاتصالُ برسولِ اللهِ ﷺ، ويتَرَجَّحُ بفِقْهِ الراوِي وحُسْنِ ضَبْطِه وإتقانِه؛ لأنَّهُ يتقوَّىٰ بهِ [١٢/٢٠٢ظ/د] معنىٰ الاتصالِ برسولِ اللهِ ﷺ علىٰ الوجْهِ الذي وصَلَ إلينا بالنَّقلِ.

وكذلكَ الآيتانِ إذا وقعَتِ المعارضةُ بينهما؛ لَا تَتَرَجَّحُ إحداهما بآيةٍ أُخرىٰ، بلْ تَتَرَجَّحُ بقوةٍ في معنىٰ الحُجَّةِ، وهوَ أنَّهُ نَصٌّ مُفَسَّرٌ، والآخرُ مُئَوَّلٌ، وكذلكَ لَا يتَرَجَّحُ أحدُ الخبريْنِ بالقياسِ، فعرَفْنا أنَّ ما يقَعُ بهِ الترجيحُ هوَ ما لَا يَصْلُحُ عِلَّةً للحُكْمِ ابتداءً، بلْ ما يَكُونُ مُقَوِّيًا لِمَا بهِ صارَتِ [٦/١٢٧ظ/م] العِلَّةُ مُوجبةً للحُكْمِ»(١).

وإلىٰ هذا أشارَ في المتنِ بقولِه: **(عَلَىٰ مَا عُرِفَ)**، أي: **في أصولِ الفقهِ.**

---

(١) ينظر: «أصول السرخسي» [٢/٢٥٠، ٢٥١].

قَالَ: وَإِذَا كَانَتْ دَارٌ فِي يدِ رَجُلٍ ادَّعَاهَا اثْنَانِ، أَحَدُهُمَا جَمِيعَهَا، وَالْآخَرُ نِصْفَهَا، وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ؛ فَلِصَاحِبِ الْجَمِيعِ: ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهَا، وَلِصَاحِبِ [٢/٣٦٨ظ] النِّصْفِ: رُبْعُهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله؛ اعْتِبَارًا بِطَرِيقِ الْمُنَازَعَةِ، فَإِنَّ صَاحِبَ النِّصْفِ لَا يُنَازِعُ الْآخَرَ فِي النِّصْفِ فَسَلَّمَ لَهُ وَاسْتَوَتْ مُنَازَعَتُهُمَا فِي النِّصْفِ الْآخَرِ فَيُتَنَصَّفُ بَيْنَهُمَا.

غاية البيان

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا كَانَتْ دَارٌ في يدِ رَجُلٍ ادَّعَاهَا اثْنَانِ، أَحَدُهُمَا جَمِيعَهَا، وَالْآخَرُ نِصْفَهَا، وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ؛ فَلِصَاحِبِ الْجَمِيعِ: ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهَا، وَلِصَاحِبِ [٢/٣٦٨ظ] النِّصْفِ: رُبْعُهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنه)، أي: قالَ القُدُورِيُّ رحمه الله في «مختصرِه»[(١)]، وقالَ أبو يوسفَ ومحمد رضي الله عنهما: هيَ بينهمْ أثلاثًا[(٢)].

قال شيخُ الإسلامِ خُوَاهَر زَادَه في «مبسوطِه»: إذا كانَتِ الدَّارُ في يدِ رَجُلٍ ثالثٍ، إنْ لَمْ يَقُمْ لهما بَيِّنَةٌ؛ فإنَّه يحلِفُ ذو اليدِ، فإذا حَلَفَ؛ تُرِكَ الدَّارُ في يدِه؛ لأنَّهُ لَمَّا حَلَفَ انقطَع دعواهما، فكأنَّهما لَمْ يدَّعِيَا، وإنْ أقاما البَيِّنَةَ: فبيِّنةُ كلِّ واحدٍ منهما مسموعةٌ على ما ادَّعَى؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما فيما ادَّعَى لنفسِه خارجٌ، وبَيِّنَةُ الخارجِ مسموعةٌ على ذي اليدِ.

وإذا سُمِعَتْ بَيِّنَةُ [١٢/٢٠٣و/د] كلِّ واحدٍ منهما؛ قُسِمَتِ الدَّارُ بينهما عندَ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه على طريقِ المُنَازَعَةِ أرباعًا، أَصْلُه مِنْ سهمَيْنِ لحاجتِك إلى النِّصْفِ، فمُدَّعِي الجميعِ يدَّعِي الجميعَ، ومُدَّعِي النِّصْفِ لَا يَدَّعِي إلَّا سهمًا، فقد تفرَّدَ مُدَّعِي الجميعِ بدعوى سهمٍ، فيَكُونُ لهُ بلَا مُنَازَعَةٍ، فبَقِيَ سهمٌ استوَتْ منازعتُهما

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/٢١٧].

(٢) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص ٣٥٤]، مختلف الرواية [١٦٥٨/٣]، فتاوى النوازل [ص ٣١١، ٣١٢]، المبسوط [٨٣/١٧ - ٨٥]، الفقه النافع [١٢٠٢/٣]، بدائع الصنائع» [٣٥٩/٥]، «تبيين الحقائق» [٣٢٣/٤، ٣٢٤]، «البناية» [٥٠١/٨، ٥٠٢]، «الفتاوى الهندية» [٩٩/٤].

فيه، فيَكُونُ بينهما، فينْكَسِرُ فيُضَعَّفُ، فيَصِيرُ أربعةً، وإنْ شِئْتَ قُلْتَ: إنَّا نَحْتَاجُ إلىٰ حسابٍ لهُ نِصْفٌ، ولِنِصْفِه نِصْفٌ صحيحٌ، وأقلُّ ذلكَ[1] أربعةُ أسهمٍ، فأصلُ الدَّارِ علىٰ أربعةِ أسهمٍ.

نَقُولُ: لَا مُنَازَعَةَ لمُدَّعِي النِّصْف فيما زادَ علىٰ النِّصْفِ، وهوَ سهمانِ، ويدَّعِيه صاحبُ الجميعِ، فيَكُونُ لهُ نِصْفُ الدَّارِ، فبَقِيَ النِّصْفُ، وذلكَ سَهْمانِ استوَتْ منازعتُهما فيه، فيَصِيرُ بينهما نصفانِ لكلِّ واحدٍ منهما سهمٌ، فقد حَصَلَ لمُدَّعِي الجميعِ: مرةً سهمانِ بلَا مُنَازَعَةٍ، وسهْمٌ معَ المُنَازَعَة، وذلكَ ثلاثةُ أرباعِ الدَّارِ، فكانَ لهُ ثلاثةُ أسهمٍ، ولمُدَّعِي النِّصْفِ سهْمٌ.

وعلىٰ قولِهما: يُقْسَمُ علىٰ طريقِ العَوْلِ والمُضَارَبَةِ، فيُضْرَبُ مُدَّعِي الجميعِ بالكلِّ، والآخرُ بالنصفِ، فاجعلِ الدَّارَ علىٰ سهمَيْنِ لحاجتِك إلىٰ النِّصْفِ، يَضْرِبُ مُدَّعِي الجميعِ بالكلِّ، وذلكَ سهْمَانِ، ومُدَّعِي النِّصْفِ بالنصفِ، وذلك سهْمٌ، فتَصِيرُ الدَّارُ بينهما علىٰ ثلاثةِ [١٢/٢٠٣ظ/د] أسهمٍ: ثُلثا الدَّار لمُدَّعِي الجميعِ، والثلثُ لمُدَّعِي النِّصْفِ، واللهُ أعلمُ.

والبابُ مَبْنِيٌّ علىٰ أصولٍ:

أحدُها: أنَّ التساويَ في سببِ الِاسْتِحْقَاقِ كالتَّساوي في نفسِ الِاسْتِحْقَاقِ، كالبَيِّنَتَيْنِ في المِيرَاثِ.

وأصلٌ آخرُ: وهوَ أنَّ بَيِّنَةَ صاحبِ [٦/١٢٨و/م] اليدِ والخارجِ إذا تعارَضَا في المِلْكِ المُطْلَقِ؛ كانَ الخارجُ أَوْلَىٰ.

وأصلٌ آخرُ: أنَّ عندَ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: أنَّ مَن يُدْلِي بسببٍ صحيحٍ؛ يَضْرِبُ بجميعِ حقِّه، كأصحابِ العَوْلِ والمُوصَىٰ لهُ بالثُّلثِ فما دونَه، وغُرَمَاءِ الميتِ إذا ضاقتِ التركةُ عن ديونِه، وكلُّ مَن لَا يُدْلِي بسببٍ صحيحٍ، فإنَّه يَضْرِبُ بقَدْرِ ما

---

(١) وقع بالأصل: «وأصل ذلك». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

. . . .

يُصِيبُه حالَ المزاحمةِ، وذلكَ مِثْلُ مسألتِنا، ومِثْلُ المُوصَىٰ لهُ بأكثرَ مِنَ الثلثِ.

وقالَ أبو يوسفَ ومحمدٌ رضي الله عنهما: يَضْرِبُ كلُّ واحدٍ بجميعِ ذلكَ، كأصحابِ العَوْلِ.

والفرقُ بينَ السَّبَبِ الصحيحِ وغيرِه على قولِ أبي حَنِيفَةَ: أنَّ كلَّ سببٍ يتعَلَّقُ بهِ الاِسْتِحْقَاقُ مِنْ غيرِ انضمامِ مَعْنًى آخرَ إليه؛ فهوَ سببٌ صحيحٌ، وما لَا يتعَلَّقُ بهِ الاِسْتِحْقَاقُ إلَّا بمَعْنًى ينْضَمُّ إليهِ ليسَ بسببٍ صحيحٍ.

وَجْهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: أنَّ السَّبَبَ الذي لَا يتعَلَّقُ بهِ الاِسْتِحْقَاقُ بنفسِه أَضْعَفُ مِن السَّبَبِ الذي يتعَلَّقُ بهِ الاِسْتِحْقَاقُ بنفسِه؛ بدليلِ أنَّ الهِبَةَ والوَصِيَّةَ اللَّتَيْنِ لَا يتعَلَّقُ الاِسْتِحْقَاقُ بعَقْدِهما أَضْعَفُ مِنَ البَيْعِ الَّذي يتعَلَّقُ الاِسْتِحْقَاقُ بعَقْدِه، فلو سَوَّيْنا بينهما في المُضَارَبَةِ؛ لسَوَّيْنا بينَ السَّبَبِ الضعيفِ والقويِّ، وهذا لَا يَصِحُّ.

وَوَجْه قولِهما: أنَّ [١٢/٢٠٤و/د] كلَّ واحدٍ منهما لوِ انفردَ اسْتحقَّ جميعَ ما يدَّعِيه، فإذا تزَاحما ضربَ بما يَدَّعِيه، كأصحابِ العَوْلِ.

وأصلٌ آخرُ: أنَّ مَنْ كانَ في يدِه شيءٌ مِنَ الدَّارِ، فأقامَ البَيِّنَةَ علىٰ اسْتِحْقَاقِ سهامٍ منها، فبيِّنَتُه [٢/٣٦٩و] تَنْصَرِفُ إلىٰ ما في يدِه، فإنْ فضلَ عمَّا في يدِه، كانَ ممَّا في يدِ صاحبِه؛ لأنَّهُ لوْ لَمْ يَكُنْ كذلكَ؛ لصارَ مُمْسِكًا لِمَا في يدِه بغَصْبٍ مِنْ غيرِ حقٍّ، والواجبُ حَمْلُ أمْرِ المُسْلمِ علىٰ الصحَّةِ ما أمْكَنَ.

فإذا ثَبَتَ هذه الأصولُ قلْنا: كلُّ واحدٍ مِن المُتَداعِيَيْنِ لَا يُدْلِي بسببٍ صحيحٍ، ألا ترىٰ أنَّ الدعوىٰ لَا يتعَلَّقُ بها الاِسْتِحْقَاقُ إلَّا بانضمامِ مَعْنًى آخرَ إليها: إمَّا إِقْرَارٌ، أوْ بَيِّنَةٌ، أوْ حُكْمُ حاكمٍ، فإذا كانَ كذلكَ؛ انقسمَتِ الدَّارُ عندَ المُنَازَعَة

. . . .

علىٰ الدعاوَىٰ.

فنَقُولُ: مُدَّعِي النِّصْفِ لَا دعوىٰ لهُ في النِّصْفِ الآخرِ، فانفردَ بهِ صاحبُ الجميعِ، والنِّصْفُ الآخرُ كلُّ واحدٍ منهما يَدَّعِيه، وقدْ أقاما عليْهِ البَيِّنَةَ، والتساوِي في سببِ الِاسْتِحْقَاقِ يُوجِبُ التساوِي في نفْسِ الِاسْتِحْقَاقِ، فكانَ هذا النِّصْفُ بينهما نصفَيْنِ، فيُجْعَلُ لصاحبِ الجميعِ: ثلاثةُ أرباعِ الدَّارِ، ولمُدَّعِي النِّصْفِ: الربعُ.

وعلىٰ قولِهما: يَضْرِبُ كلُّ واحدٍ منهما بجميعِ دعواه؛ لأنَّ الأسبابَ كلَّها سواءٌ عندَهما، فاحتَجْنا إلىٰ عددٍ لهُ نِصْفٌ صحيحٌ، وأقلُّه اثنانِ، فيَضْرِبُ بذلكَ [٦/١٢٨ظ/م] صاحبُ الجميعِ [١٢/٢٠٤ظ/د]، ويضْرِبُ مُدَّعِي النِّصْفِ بسَهْمٍ، فيَكُونُ بينَهما أثلاثًا. كذا في «**شرحِ الأقطعِ**»[1] وغيرِه.

وقالَ في «شرح الطَّحَاوِيِّ»[2]: وصورةُ المُنَازَعَةِ: أنَّ كلَّ جزءٍ فرغَ مِنْ دعوىٰ قومٍ سَلِمَ للآخرِ بلَا مُنَازَعَةٍ، فهاهنا صاحبُ النِّصْفِ يَدَّعِي النِّصْفَ، فالنصفُ خَلا مِنْ دعواهُ، وسَلِمَ لصاحبِ الجميعِ، والنِّصْفُ الآخرُ استوَتْ منازعتُهما فيهِ، فيُقْضَىٰ بينهما نصفَيْنِ، لصاحبِ الجميعِ: ثلاثةُ أرباعها، ولصاحبِ النِّصْفِ: الربعُ.

وصورةُ العَوْلِ: أنْ يَضْرِبَ كلُّ واحدٍ منهمْ بسَهْمِه، فيُجْمَعُ السهامُ كلُّها، ويُقْسَمُ العينُ علىٰ مَبْلغِ السهامِ، فهاهنا صاحبُ الجميعِ يَدَّعِي الجميعَ، وصاحبُ النِّصْفِ يَدَّعِي النِّصْفَ، فيحْتَاجُ إلىٰ حسابٍ لهُ نِصْفٌ، وأقلُّ ذلكَ سهمانِ، فصاحبُ الجميعِ يَدَّعِي سهمَيْنِ، وصاحبُ النِّصْفِ يَدَّعِي سهمًا، فيُقْسَمُ بينهما علىٰ ذلكَ.

وأجمعُوا: أنَّ المُنَازَعَةَ إذا وقعَتْ في الأعيانِ الثلاثةِ؛ فإنَّه يُقْسَمُ علىٰ طريقِ المُنَازَعَةِ، وهوَ أنَّهُ لوْ كانَ ثلاثةُ أَعْبُدٍ في يدِ رَجُلٍ، فجاءَ ثلاثةُ نفَرٍ، أحدُهم يَدَّعِي

---

(١) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٢٦٠].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق/٣١١].

وَقَالَا: هِيَ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا فَاعْتَبَرَا طَرِيقَ الْعَوْلِ وَالْمُضَارَبَةِ، فَصَاحِبُ الْجَمِيعِ يَضْرِبُ بِكُلِّ حَقِّهِ سَهْمَيْنِ، وَصَاحِبُ النِّصْفِ بِسَهْمٍ وَاحِدٍ فَتُقَسَّمُ أَثْلَاثًا، وَلِهَذِهِ الْمَسْأَلَةِ نَظَائِرُ وَأَضْدَادٌ لَا يَحْتَمِلُهَا هَذَا الْمُخْتَصَرُ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهَا فِي الزِّيَادَاتِ.

غاية البيان

الجميعَ، والآخرُ يَدَّعِي اثنينِ بعَيْنِهما، والآخرُ يَدَّعِي واحدًا بعَيْنِه؛ فإنَّ العبدَ الثالثَ لمُدَّعِي الجميعِ بلَا مُنَازَعَةٍ، والعبدُ الثاني بينَ مُدَّعِي الجميعِ وبينَ [١٢/٢٠٥و/د] مُدَّعِي الاثنينِ نصفَيْنِ، والعبدُ الثالثُ بينهمْ أثلاثًا.

كذلكَ إذا وَقعَتِ المُنَازَعَةُ في أجزاءِ العينِ عندَ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه، وفي الميرَاثِ يُقْسَمُ على طريقِ العَوْل بالإجماع، كما في امرأةٍ ماتَتْ وترَكَتْ زوْجًا وأُختًا لأبٍ وأُمٍّ وأختًا لأبٍ، للزوجِ: النِّصْفُ، وللأختِ للأبِ والأُمِّ: النِّصْفُ، وللأختِ[1] مِنَ الأبِ: السدسُ تكملةَ الثلثيْنِ، فتَعُولُ الفَرِيضَةُ إلى سبعةٍ، وكانتْ في الأصلِ مِن ستةٍ، وكذلكَ هاهنا على قولِهما.

والأصلُ عندَ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: أنَّهُ متى وجَبَ الضربُ في العينِ لنفسِه؛ يُقْسَمُ على طريقِ المُنَازَعَةِ على ما ذَكَرْنا في هذه المسألةِ، ومتى وجَبَ الضربُ في العينِ لغيرِه؛ يُقْسَمُ على العَوْلِ كالميراثِ، كرجُلٍ ماتَ وترَكَ ألفًا، ولرجُلٍ عليْهِ ألفُ [درهمٍ][2]، ولآخرَ عليْهِ خمسُ مئةٍ، فالألفُ بينهمْ أثلاثًا على طريقِ العَوْلِ؛ لأنَّ حقَّهم كانَ في الذِّمَّةِ، ثُمَّ انتقلَ إلى العينِ.

قولُه: (يَضْرِبُ بِكُلِّ حَقِّهِ سَهْمَيْنِ)، أي: يَأْخُذُ بحسبِ كلِّ حقِّه سهمَيْنِ.

قولُه: (وَلِهَذِهِ الْمَسْأَلَةِ نَظَائِرُ وَأَضْدَادٌ) [٦/١٢٩و/م]، **أي**: للمسألةِ المذكورةِ أشباهٌ، أي: حكَمَ فيها أبو حَنِيفَةَ رضي الله عنه بالمنازعةِ، كما في هذه المسألةِ، وهما حَكَما

(١) وقع بالأصل: «والأختُ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

. . . .

بالعَوْلِ كما في هذهِ [١٢/٢٠٥ظ/د] ، (وَأَضْدَادٌ) ، أي: حَكَمَ فيها أبو حَنِيفَةَ بالعَوْلِ ، وصاحباه بالمنازعةِ.

فَمِنَ النظائرِ: المُوصَىٰ لهُ بجميعِ المالِ ، وبنصفِه عندَ إجَازَةِ الورثةِ ، والمُوصَىٰ لهُ بجميعِ العينِ معَ المُوصَىٰ لهُ بنِصْفِ تلكَ العينِ.

ومِنَ الأضدادِ: ما نقَلَ الإمامُ الأَسْبِيْجَابيُّ في «شرح الطَّحَاوِيِّ»[1] ـ عنْ كتابِ المَأْذُونِ علىٰ ضدِّ [٢/٣٦٩ظ] هذا الاختلافِ ـ: أنَّ علىٰ قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: يُقْسَمُ علىٰ طريقِ العَوْلِ.

وعندَهما: يُقْسَمُ علىٰ طريقِ المُنَازَعَةِ ، وهوَ أنَّ عبدًا بينَ رجليْنِ أَذِنا لهُ في التِّجَارَةِ ، فأدَانَه أحدُهما مئةَ درهمٍ ، وأجنبيٌّ مئةَ درهمٍ ، فإن دَيْن الأجنبيِّ يَثْبُتُ كلُّه ، ودَيْنُ الْمَوْلَىٰ يَثْبُتُ نصفُه الذي يُصِيبُ نصيبَ شريكِه ، ولا يَثْبُتُ النِّصْفُ الذي لاقَىٰ نصيبَ نفسِه ، فبَعْدَ ذلكَ إذا بِيعَ العبدُ بمئةٍ ، أوْ ماتَ وترَكَ مِنْ كَسْبِه مئةَ درهمٍ ، أوْ قُتِلَ فأُخِذَتْ قيمتُه مئةُ درهمٍ ؛ فإنَّ هذه المئةَ تُقْسَمُ بينَ الْمَوْلَىٰ الذي أدانَه وبينَ الأجنبيِّ أثلاثًا علىٰ طريقِ العَوْلِ عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ ، وعلىٰ طريقِ المُنَازَعَةِ عندَهما أرباعًا.

ومسألةٌ ذكَرَها في كتاب «الزياداتِ» ، علىٰ ضِدِّ هذا الاختلافِ الذي في كتابِ الدعوىٰ ، وهي أنَّ المُدَبَّرَ إذا قتلَ رَجُلًا عمدًا وله ابنانِ ، وقتَلَ آخرَ خطأً ، فعفا أحدُ وَلِيَّي العَمْدِ ؛ انقلَبَ نصيبُ الآخرِ [١٢/٢٠٦و/د] مالًا ، لهُ نِصْفُ الدِّيَةِ: خمسةُ آلافٍ ، ولصاحبِ الخطأِ كمالُ الدِّيَةِ: عشرةُ آلافٍ ، فالْمَوْلَىٰ يَغْرَمُ قِيمَةً واحدةً ؛ لأنَّهُ لَا يُمْكِنُ دفْعُ المُدَبَّرِ.

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيُّ [ق/٣١١].

وَلَوْ كانَتِ الدَّارُ فِي أَيْدِيهِمَا؛ سَلِمَ لِصَاحِبِ الْجَمِيعِ نِصْفُهَا عَلَىٰ وَجْهِ الْقَضَاءِ، وَنِصْفُهَا لَا عَلَىٰ وَجْهِ الْقَضَاءِ؛ ....

ولكنْ تلكَ القِيمَةُ تُقْسَمُ بينَ وَلِيِّي العَمْدِ والخطأِ أثلاثًا عندَ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه على العَوْلِ، وقاسَ هذا على ما لوْ فقأَ المُدَبَّرُ عينَ رَجُلٍ خطأً، وقتَلَ آخرَ خطأً، فإنَّ الْمَوْلَىٰ يَغْرَمُ القِيمَةَ بينهما أثلاثًا، كذلكَ هاهنا، وعلى قولِهما: أرباعًا على طريقِ المُنَازَعَةِ.

وكذلكَ هذا في عبْدٍ قَتَلَ رَجُلًا عمدًا وله ابنانِ، وقتَلَ آخرَ خطأً، فعفَا أحدُ وَلِيَّي العَمْدِ، وانقلَبَ نصيبُ الآخرِ مالًا؛ فلهُ نِصْفُ الدِّيَةِ: خمسةُ آلافٍ، ولصاحبِ الخطأِ كمالُ الدِّيَةِ: عشرةُ آلافٍ، فدفعَ الْمَوْلَىٰ العبدَ إليهما، عندَ أبي حَنِيفَةَ: يُقْسَمُ أثلاثًا.

وعندَهما: أرباعًا، ولو فدَىٰ فدَىٰ جميعَ حقِّهما بالإجماعِ، والبَاقِي يُعْلَمُ في «**شروحِ الزياداتِ**»، في بابِ جنايةِ أُمِّ الولدِ على مولاها عمدًا.

قولُه: (**وَلَوْ كانَتِ الدَّارُ فِي أَيْدِيهِمَا؛ سَلِمَ لِصَاحِبِ الْجَمِيعِ نِصْفُهَا عَلَىٰ وَجْهِ الْقَضَاءِ، وَنِصْفُهَا لَا عَلَىٰ وَجْهِ الْقَضَاءِ**)، وهذا لفظُ القُدُورِيِّ في «**مختصرِهِ**»[1]، وذلك لأنَّ الدَّارَ في أيدِيهما، واليدُ مِنْ أسبابِ الِاسْتِحْقَاقِ، والتساوي في سببِ الِاسْتِحْقَاقِ يُوجِبُ التساويَ [٦/١٢٩ظ/م] في نفسِ الِاسْتِحْقَاقِ [١٢/٢٠٦ظ/د]، فصارَ في يدِ كلِّ واحدٍ منهما النِّصْفُ.

ثُمَّ دعوىٰ مُدَّعِي النِّصْفِ يَنْصَرِفُ إلى النِّصْفِ الذي في يدِه دونَ النِّصْفِ الآخرِ؛ لأنَّهُ لوْ لَمْ يَكُنْ كذلكَ؛ يَلْزَمُ أنْ يَكُونَ غاصبًا في إمساكِ النِّصْفِ الذي في يدِه، وأمورُ المسلمِ يَجِبُ حمْلُها على الصلاحِ ما أمْكَنَ، وقدْ أقامَ الخارجُ وذو اليدِ البَيِّنَةَ على ذلك النِّصْفِ، فكانَ الخارجُ أَوْلَىٰ، وهوَ مُدَّعِي الكلِّ، والنِّصْفُ الذي في يدِ مُدَّعِي الجميعِ سَلِمَ لهُ، لَا على طريقِ القَضَاءِ؛ لأنَّهُ لَا منازعَ لهُ فيه.

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢١٧].

لِأَنَّهُ خَارِجٌ فِي النِّصْفِ فَيُقْضَىٰ بِبَيِّنَتِهِ، وَالنِّصْفُ الَّذِي فِي يَدَيْهِ صَاحِبُهُ لَا يَدَّعِيهِ؛ لأنَّ مُدَّعَاهُ النِّصْفُ، وهوَ فِي يَدِهِ سَالِمٌ لَهُ، وَلَوْ لَمْ يَنْصَرِفْ إِلَيْهِ دَعْوَاهُ؛ كانَ ظَالِمًا بِإِمْسَاكِهِ، وَلَا قَضَاءَ بِدُونِ الدَّعْوَىٰ، فَيُتْرَكُ فِي يَدِهِ.

غاية البيان

فإنْ لَمْ يَقُمْ لهما بَيِّنَةٌ، فإنَّه يُحَلَّفُ مُدَّعِي النِّصْفِ لمُدَّعِي الجميعِ، ولا يُحَلَّفُ مُدَّعِي الجميعِ لمُدَّعِي النِّصْفِ؛ لأنَّ مُدَّعِي النِّصْفِ لَا يَدَّعِي لنفسِه شيئًا ممَّا في يدِ صاحبِ الجميعِ، وصاحبُ الجميعِ يَدَّعِي النِّصْفَ الذي في يدِ صاحبِ النِّصْفِ، وهوَ يُنْكِرُ، فيُحَلَّفُ، فإنْ حَلَفَ انقطعَ دعوىٰ صاحبِه، وصارَ الحالُ بعدَ الحَلِفِ كالحالِ قبْلَه، وقبْلَ الحَلِفِ كانَتِ الدَّارُ في أيدِيهما نصفَيْنِ، فبَعْدَ الحَلِف كذلكَ.

قولُه: (**لِأَنَّهُ خَارِجٌ فِي النِّصْفِ فَيُقْضَىٰ بِبَيِّنَتِهِ، وَالنِّصْفُ الَّذِي فِي يَدَيْهِ صَاحِبُهُ لَا يَدَّعِيهِ؛ لأنَّ مُدَّعَاهُ النِّصْفُ، وهوَ فِي يَدِهِ سَالِمٌ لَهُ، وَلَوْ لَمْ يَنْصَرِفْ إليهِ دَعْوَاهُ؛ كانَ ظَالِمًا بِإِمْسَاكِهِ، وَلَا قَضَاءَ بِدُونِ الدَّعْوَىٰ، فَيُتْرَكُ فِي يَدِهِ**)، أي: لأنَّ [٢/٣٧٠و] صاحبَ الجميعِ - وهو مُدَّعِي الجميعِ - خارجٌ في النِّصْفِ الذي في يَدِ صاحبِه، فيُقْضَىٰ ببيِّنةِ صاحبِ الجميعِ في ذلكَ النصفِ، والنصفُ الذي في يَدَيْ صاحبِ الجميعِ لَا يَدَّعِي ذلكَ النِّصْفَ صاحبُ صاحبِ الجميعِ، وهوَ مُدَّعِي النِّصْفِ، وإنَّما لَا يَدَّعِيه؛ لأنَّ مُدّعاه النِّصْفُ لَا غيرَ، فلَمَّا كانَ كذلكَ؛ سَلِم النِّصْفُ الذي في يدِ صاحبِ الجميعِ عنِ المُنَازَعَةِ، فسَلِمَ ذلكَ النِّصْفُ لهُ بلَا قَضَاءٍ.

وهذا معنىٰ قولِه: (**وَهُوَ فِي يَدِهِ سَالِمٌ لَهُ**)، أي: والنِّصْفُ الذي في يدِ صاحبِ الجميعِ سالمٌ لصاحبِ الجميعِ، و(**لَوْ لَمْ يَنْصَرِفْ إليهِ دَعْوَاهُ**): متعلِّقٌ بقولِه: (**لِأَنَّ دعواهُ النِّصْف**)، [أي: ولو لَمْ تَنْصَرِفْ دعوىٰ صاحبُ النِّصْفِ إلىٰ النِّصْفِ لَا غيرَ؛ كانَ بإمساكِ النِّصْفِ الذي في يدِه ظالمًا غاصبًا.

فإذا كانَ دعوىٰ صاحبِ النِّصْفِ منصرفًا إلىٰ النِّصْفِ الذي في يدِه؛ لَمْ توجَدْ

قَالَ: وَإِذَا تَنَازَعَا فِي دَابَّةٍ، وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا البَيِّنَةَ أنَّها نَتَجَتْ عِنْدَهُ، وَذَكَرَا تَارِيخًا، وَسِنُّ الدَّابَّةِ يُوَافِقُ أَحَدَ التَّارِيخَيْنِ؛ فَهُوَ أَوْلَىٰ؛ لِأَنَّ الْحَالَ تَشْهَدُ لَهُ فَيَتَرَجَّحُ.

وَإِنْ [٧٨/ظ] أَشْكَلَ ذَلِكَ كانَتْ بَيْنَهُمَا؛ لِأَنَّهُ سَقَطَ التَّوْقِيتُ؛ فَصَارَ كَأَنَّهُمَا لَمْ يَذْكُرَا تَارِيخًا. وَإِنْ خَالَفَ سِنُّ الدَّابَّةِ الْوَقْتَيْنِ؛ بَطَلَتِ الْبَيِّنَتَانِ، كَذَا ذَكَرَهُ الْحَاكِمُ رحمه الله؛ لِأَنَّهُ ظَهَرَ كَذِبُ الْفَرِيقَيْنِ فَتُتْرَكُ فِي يَدِ مَنْ كَانَتْ فِي يَدِهِ.

غاية البيان

الدعوىٰ مِن صاحبِ النِّصْفِ[1] في النِّصْفِ الذي في يدِ صاحبِ الجميعِ، ولا قَضاءَ بلَا دعوىٰ، (فَيُتْرَكُ فِي يَدِهِ)، أي: فيُتْرَك النِّصْفُ الذي في يدِ صاحبِ الجميعِ له، لَا علىٰ وَجْهِ القَضاءِ][2].

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا تَنَازَعَا فِي دَابَّةٍ، وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا البَيِّنَةَ أنَّها نَتَجَتْ عِنْدَهُ، وَذَكَرَا تَارِيخًا، وَسِنُّ الدَّابَّةِ يُوَافِقُ أَحَدَ التَّارِيخَيْنِ؛ فَهُوَ أَوْلَىٰ)، أي [٦/١٣٠و/م]: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصرِه»[3].

وبيانُ المسألةِ مَرَّ عندَ قولِه: (وَكَذَا إِذَا كانَتِ الدَّعْوَىٰ بينَ خَارِجَيْنِ؛ فَبَيِّنَةُ النِّتَاجِ أَوْلَىٰ).

[١٢/٢٠٨و/د][4] قولُه: (وَإِنْ أَشْكَلَ ذَلِكَ كانَتْ بَيْنَهُمَا)، أي: وإنْ أشْكَل سِنُّ الدَّابَّةِ؛ كانَتِ الدَّابَّةُ بينهما، وسقَطَ التوقيتُ؛ لأنَّهُ لَا دلالةَ فيه، فكأنَّهما أقامَا البَيِّنَةَ علىٰ النِّتاجِ.

قولُه: (وَإِنْ خَالَفَ سِنُّ الدَّابَّةِ الْوَقْتَيْنِ؛ بَطَلَتِ الْبَيِّنَتَانِ)، كذا ذكَره الحاكمُ.

---

(١) وقع بالأصل: «صاحب اليد». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٢) ما بين المعقوفتين: سقط من النسخة الأم «د».

(٣) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/٢١٧].

(٤) اختلف الترقيم عند هذه اللوحة.

....

قالَ في «شرحِ الأقطعِ»: «فإنْ خالَفَ سِنُّ الدَّابَّةِ الوقتَيْنِ؛ قُضِيَ بها لصاحبِ اليدِ». ثُمَّ قالَ: «قالَ الحاكمُ: الصحيحُ: أنْ تَبْطُلَ البيِّنَتانِ»[1].

وقالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّين الأَسْبِيْجَابيُّ في «**شرحِ الكافي**» للحاكمِ الشهيدِ: «وإنْ كانَتْ على غيرِ الوقتَيْنِ، أَوْ كانَتْ مُشْكلةً؛ قضَيْتُ بينهما نصفَيْنِ؛ لأنَّهُ لَمْ يَثْبُتِ الوقتُ، فصارَ كأنَّهما لَمْ يُؤَقّتا، وفي روايةِ أبي الليثِ الخُوَارِزْمِيِّ رحمه الله: إذا كانَ سِنُّ الدَّابَّة على غير الوقتَيْنِ؛ فالبيِّنتانِ باطلةٌ؛ لأنَّهُ ظَهَر كَذِبُهما». إلى هنا لَفْظُ شيخِ الإسلامِ المذكور. وقد مَرَّ مرةً.

وقالَ شيخُ الإسلامِ أبو بكرٍ المعروفُ بخُوَاهَر زَادَه رحمه الله **في «مبسوطِهِ»**: «فإنْ كانَ على غير الوقْتَيْنِ، أَوْ كانَتْ مُشْكلةً؛ فإني أقضي بينهما نصفَيْنِ».

ثُمَّ قالَ: «هكذا ذكَرَ»، أي: ذكَرَ محمدٌ رحمه الله. ثُمَّ قالَ: «قالُوا: ما ذكرَ مِنَ الجوابِ يَسْتَقِيمُ جوابًا لإحدى المسألتيْنِ وهيَ قولُه: أَوْ كانَتْ مُشْكِلةً؛ لأنَّها متى كانَتْ مُشْكِلةً؛ يَحْتَمِلُ أنْ يَكُونَ سِنُّ الدَّابَّةِ مخالفًا لوَقْتِ كلِّ واحدٍ منهما وموافقًا، فلَمْ يُتَيَقَّنْ [١٢/٢٠٨ظ/د] بكَذِبِ أحدِ الفريقَيْنِ، وقدِ استوَيَا في الدعوى والحُجَّةِ، فيُقْضَى بينهما نصفَيْنِ.

فأَمَّا متى كانَ على غيرِ الوقْتَيْنِ؛ فإنَّهما لَا يُقْضَى لهما بشيءٍ؛ لأنَّ القاضيَ تيَقَّنَ بكذبِ شَهَادَةِ كلِّ فريقٍ، وهذا مانعٌ مِنْ قبولِ الشَّهَادَةِ حالةَ الانفرادِ، فيمْنَعُ حالةَ الاجتماعِ أيضًا».

ثُمَّ قالَ خُوَاهَر زَادَه: «والدليلُ على صحَّةِ هذا: ما روى أبو الليثِ: الجوابُ عنْ محمدٍ رحمه الله على هذا التفصيلِ قالَ: إذا كانَ سِنُّ الدَّابَّةِ مُشْكلًا؛ يُقْضَى بينهما

(١) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٢٧٥].

وَإِذَا كانَ الْعَبْدُ فِي يدِ رَجُلٍ أقامَ رَجُلَانِ عليْهِ الْبَيِّنَةَ أَحَدُهُمَا: بِغَصْبٍ، وَالْآخَرُ: بِوَدِيعَةٍ؛ فَهُوَ بَيْنَهُمَا لِاسْتِوَائِهِمَا[(١)].

غاية البيان

نصفَيْنِ، وإنْ كانَ مخالفًا للوقتَيْنِ؛ لَا يُقْضَىٰ لهما بشيءٍ، ويُتْرَكُ في يدِ ذي اليدِ قَضاءَ تَرْكٍ، فكأنَّهما لَمْ يُقيما البَيِّنَةَ».

ومنهم مَنْ يَقُولُ: إنَّ الألفَ في قولِه: أوْ كانَتْ مُشْكِلةً زيادةٌ وقعَتْ غلطًا مِن الكاتبِ، فكأنَّه قالَ: وإنْ كانَ علىٰ غيرِ الوقتينِ، وكانَتْ مُشْكِلةً [٢/٣٧٠ظ] يُقْضَىٰ بينهما نصفَيْنِ، فيَكُونُ قولُه: «وكانَتْ مُشْكلًا»: تفسيرًا لقولِه: (**عَلَىٰ غَيْرِ الْوَقْتَيْنِ**)، يَعْنِي: علىٰ غير الوقْتَيْنِ علىٰ سبيل الشكِّ، لَا علىٰ سبيلِ اليقينِ، **يَعْنِي**: يَجُوزُ أنْ يَكُونَ موافقًا [٦/١٣٠ظ/م] للوقتَيْنِ، ويَجُوزُ أنْ يَكُونَ مخالفًا، فأَمَّا متىٰ كانَ مخالفًا للوقتيْنِ بيقينٍ؛ فإنَّه لَا يُقْضَىٰ لهما بشيءٍ، ويُتْرَكُ في يدِ ذي اليدِ، كما في حالة الانفرادِ إذا خالَفَ سِنُّ الدَّابَّة الوقتَ بيقينٍ، فيُحْمَلُ ما ذكرَ محمدٌ في الكتابِ علىٰ أحدِ هَذَيْنِ التأويلَيْنِ». كذا قالَ شيخُ الإسلامِ خُوَاهَر زَادَه في «**مبسوطِهِ**».

[١٢/٢٠٩و/د] **قولُه**: (**وَإِذَا كانَ الْعَبْدُ في يدِ رَجُلٍ أقامَ رَجُلَانِ عليْهِ الْبَيِّنَةَ أَحَدُهُمَا: بِغَصْبٍ، وَالْآخَرُ: بِوَدِيعَةٍ؛ فَهُوَ بَيْنَهُمَا**)، وهذه مِن مسائلِ «**الجامعِ الصغيرِ**»[(٢)]، ذكرَها في كتابِ القَضاءِ، وذلكَ لأنَّ المُودَعَ لَمَّا جَحَدَ الوَدِيعَةَ؛ صارَ كَالغَاصِبِ، فصارَ دعوىٰ الوَدِيعَةِ والغَصْبِ سواءً، والتساوي في سبب الِاسْتِحْقَاقِ يُوجِبُ التساويَ في نفْسِ الِاسْتِحْقَاقِ.

واللهُ سبحانَهُ أعلمُ.

---

(١) في (ط): «لاستوائهما في الاستحقاق».

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٣٨٥].

فَصْلٌ
فِي التَّنَازُعِ بِالْأَيْدِي

قَالَ: وَإِذَا تَنَازَعَا فِي دَابَّةٍ أَحَدُهُمَا رَاكِبُهَا، وَالْآخَرُ مُتَعَلِّقٌ بِلِجَامِهَا؛ فَالرَّاكِبُ أَوْلَىٰ؛ لِأَنَّ تَصَرُّفَهُ أَظْهَرُ؛ فَإِنَّهُ يَخْتَصُّ بِالْمِلْكِ.

غاية البيان

فَصْلٌ
فِي التَّنَازُعِ بِالْأَيْدِي

لَمَّا فرَغَ عنْ بيانِ وقوعِ المِلْكِ بِالبَيِّنَةِ: شرَعَ في هذا الفصلِ بذِكْرِ بيانِ وقوعِ المِلْكِ بظاهرِ اليدِ، لِمَا أنَّ الأولَ أقوىٰ، ولهذا إذا قامَتِ البَيِّنَةُ لَا يُلْتَفَتُ إلىٰ اليدِ.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا تَنَازَعَا فِي دَابَّةٍ أَحَدُهُمَا رَاكِبُهَا، وَالْآخَرُ مُتَعَلِّقٌ بِلِجَامِهَا؛ فَالرَّاكِبُ أَوْلَىٰ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «**مختصرِه**»[1]، وذلكَ لأنَّ الراكبَ لهُ تصَرُّفٌ ظاهرٌ، فصارَ كما لوْ تنازَعا في الدَّارِ أحدُهما ساكنُها، والآخرُ آخِذٌ بحلْقَةِ البابِ؛ أنَّ الساكنَ أَوْلَىٰ، وكذلكَ إذا تنازَعا في بَعِيرٍ وعليْهِ حِمْلٌ لأحدِهما؛ كانَ صاحبُ الحِمْلِ أَوْلَىٰ؛ لأنَّ لهُ يدًا ظاهرةً وتصرُّفًا.

قالَ الإمامُ الأَسْبِيْجَابيُّ في «شرحِ الطَّحَاوِيِّ»[2]: «ولوْ كانا جميعًا راكبَيْنِ أحدُهما في السَّرْجِ، والآخرُ خارجَ السَّرْجِ؛ قُضِيَ بالدابَّةِ بينهما بالإجماعِ.

ورُوِيَ عنْ أبي يوسفَ أنَّهُ قالَ: يُقْضَىٰ بالدابة للراكب في السَّرْج». إلىٰ هنا لفظُه رحمه الله في كتاب الصُّلْحِ منْ «**شرح** [١٢/٢٠٩ظ/د] **الطَّحَاوِيِّ**».

ونَقَلَ النَّاطِفِيُّ في «**الأجناسِ**» عنْ «**نوادرِ المُعَلَّىٰ**»: «رَجُلانِ علىٰ دَابَّةٍ أحدُهما راكبٌ في السَّرْجِ، والآخرُ رَدِيفٌ، فادَّعَيا الدَّابَّةَ؛ فهيَ لراكبِ السَّرْجِ، فإنْ كانا في

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢١٧].
(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيُّ [ق/٣١١].

وَكَذَا إِذَا كَانَ أَحَدُهُمَا رَاكِبًا فِي السَّرْجِ وَالْآخَرُ رَدِيفَهُ؛ فَالرَّاكِبُ أَوْلَىٰ بخلافِ مَا إِذَا كَانَا رَاكِبَيْنِ؛ حَيْثُ تَكُونُ بَيْنَهُمَا لِاسْتِوَائِهِمَا فِي التَّصَرُّفِ.

وَكَذَا إِذَا تَنَازَعَا فِي بَعِيرٍ وَعَلَيْهِ حِمْلٌ لِأَحَدِهِمَا، فَصَاحِبُ الْحِمْلِ أَوْلَىٰ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْمُتَصَرِّفُ.

وَإِذَا تَنَازَعَا فِي قَمِيصٍ، أَحَدُهُمَا لَابِسُهُ، وَالْآخَرُ مُتَعَلِّقٌ بِكُمِّهِ؛ فَاللَّابِسُ أَوْلَىٰ؛ لِأَنَّهُ أَظْهَرُهُمَا تَصَرُّفًا.

وَلَوْ تَنَازَعَا فِي بِسَاطٍ أَحَدُهُمَا جَالِسٌ عَلَيْهِ، وَالْآخَرُ مُتَعَلِّقٌ بِهِ؛ فَهُوَ بَيْنَهُمَا؛

السَّرْجِ: فهيَ بينهما نصفانِ»[1].

فعُلِمَ: بما ذكرَ في «شرح الطَّحَاوِيِّ» و«الأجناسِ»: أنَّ الدَّابَّةَ في ظاهرِ الروايةِ بينهما نصفَيْنِ[2].

وما ذكرَه صاحبُ «الهدايةِ» بقولِه: (وَكَذَا إذَا كانَ أَحَدُهُمَا رَاكِبًا فِي السَّرْجِ، وَالْآخَرُ رَدِيفُهُ؛ فَالرَّاكِبُ أَوْلَىٰ). أي: الراكبُ في السَّرْجِ أَوْلَىٰ مِنَ الرَّدِيفِ، فذاكَ علىٰ روايةِ «النوادرِ».

قولُه: (بخلافِ مَا إِذَا كَانَا رَاكِبَيْنِ)، أي: في السَّرْجِ.

قولُه: (وَإِذَا تَنَازَعَا فِي قَمِيصٍ، أَحَدُهُمَا لَابِسُهُ، وَالْآخَرُ مُتَعَلِّقٌ بِكُمِّهِ؛ فَاللَّابِسُ أَوْلَىٰ)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصرِه»[3]، وذلكَ لأنَّ اللابِسَ أظهَرُ تصرُّفًا مِنَ المتعلِّقِ [٦/١٣١و/م]، ولهذا يَصِيرُ غاصِبًا باللبْسِ دونَ التعلُّقِ.

قولُه: (وَلَوْ تَنَازَعَا فِي بِسَاطٍ أَحَدُهُمَا جَالِسٌ عَلَيْهِ، وَالْآخَرُ مُتَعَلِّقٌ بِهِ؛ فَهُوَ بَيْنَهُمَا).

---

(١) ينظر: «الأجناس» للناطفي [٢/٢٧٧].

(٢) ينظر: «الجوهرة النيرة» [٢/٢٢٠]، «العناية» [٨/٢٧٨]، «اللباب في شرح الكتاب» [٤/٤٣].

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢١٧].

قَالَ: وَإِذَا كانَ ثَوْبٌ فِي يدِ رَجُلٍ، وَطَرَفٌ مِنْهُ فِي يدِ آخَرَ؛ فَهُوَ بَيْنَهُما [٢/٣٧١و] نِصْفَانِ؛ لِأَنَّ الزِيادَةَ مِنْ جِنْسِ الْحُجَّةِ فَلَا تُوجِبُ زِيَادَةً فِي الِاسْتِحْقَاقِ.

قَالَ: وَإِذَا كانَ الصَّبِيُّ فِي يدِ رَجُلٍ، وهوَ يُعَبِّرُ عَنْ نَفْسِهِ فَقَالَ: أَنَا حُرٌّ؛ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ؛ لِأَنَّهُ فِي يَدِ نَفْسِهِ.

غاية البيان

قالَ صاحبُ «الهدايةِ»: (مَعْنَاهُ: لَا عَلَىٰ طَرِيقِ الْقَضَاءِ)، وإنَّما ذكرَه تفريعًا علىٰ مسألةِ القُدُورِيِّ في «مختصرِهِ»[1]، وذلكَ لأنَّ الجلوسَ علىٰ البساطِ لَا يَدُلُّ علىٰ اليدِ، ولهذا لَا يَصِيرُ غاصبًا بهِ، بخلافِ الرُّكُوبِ علىٰ الدَّابَّةِ، وكذا النومِ [١٢/٢١٠و/د] علىٰ البساطِ ليسَ بدليلٍ علىٰ اليدِ، وبه صَرَّحَ في «شرحِ الطَّحَاوِيِّ»[2]، وهذا كلُّه إذا لَمْ يُقِمِ البَيِّنَةَ، فإذا أقاما البَيِّنَةَ: فبينةُ الخارجِ أَوْلَىٰ مِن بَيِّنَةِ ذي اليدِ.

قولُه: (وَإِذَا كانَ ثَوْبٌ في يدِ رَجُلٍ، وَطَرَفٌ مِنْهُ في يدِ آخَرَ؛ فَهُوَ بَيْنَهُمَا [٢/٣٧١و] نِصْفَانِ)، أي: قالَ في «كتابِ القَضَاءِ» مِنَ «الجامعِ الصغيرِ»[3]، وذلكَ لأنَّ أحدَهما لَا يترَجَّحُ بكثرةِ الإمساكِ؛ لأنَّ الزِّيَادَةَ مِنْ جنسِ الحُجَّةِ، فلَا تصْلُحُ للترجيحِ كزيادةِ الشهودِ في أحدِ المُدَّعِيَيْنِ، ألا ترىٰ أنَّهما لوْ تنازَعَا في دَابَّةٍ عليها حِمْلٌ لكلِّ واحدٍ منهما، وحِمْلُ أحدِهما أكثرُ؛ كانَتْ بينهما نصفَيْنِ، ولا يترَجَّحُ صاحبُ الكثيرِ، فكذا هنا.

قولُه: (وَإِذَا كانَ الصَّبِيُّ في يدِ رَجُلٍ، وهوَ يُعَبِّرُ عَنْ نَفْسِهِ فَقَالَ: أَنَا حُرٌّ؛ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ)، أي: قالَ في «الجامعِ الصغيرِ».

وصورتُها فيه: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: في الرَّجُلِ يَكُونُ في يديه الصَّبِيُّ الصغيرُ فيَقُولُ: هوَ عبدي، فَيِشِبُّ الغُلَامُ فيَقُولُ: أنا حُرٌّ. قال: هوَ عبدٌ

---

(١) ينظر: المصدر السابق.

(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق/٣١١].

(٣) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٣٨٤].

وَلَوْ قَالَ: أَنَا عَبْدٌ لِفُلَانٍ؛ فَهُوَ عَبْدٌ لِلَّذِي فِي يَدِيهِ؛ لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِأَنَّهُ لَا يَدَ لَهُ حَيْثُ أَقَرَّ بِالرِّقِّ.

وَإِنْ كَانَ لَا يُعَبِّرُ عَنْ نَفْسِهِ فَهُوَ عَبْدٌ لِلَّذِي هُوَ فِي يَدَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدَ لَهُ عَلَىٰ نَفْسِهِ لِمَا كَانَ لَا يُعَبِّرُ عَنْهَا، وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الْمَتَاعِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ يُعَبِّرُ، فَلَوْ كَبُرَ وَادَّعَىٰ الْحُرِّيَّةَ لَا يَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَهُ؛ لِأَنَّهُ ظَهَرَ الرِّقُّ عَلَيْهِ فِي حَالِ صِغَرِهِ.

غاية البيان

للذي هوَ في يديه، فإنْ كانَ صبيًّا يُعَبِّرُ عنْ نفسِه، أوْ كانَ كبيرًا وهوَ في يدَيْهِ، فقالَ: هوَ عبدي. فقالَ: لَا، بلْ أنا حُرٌّ. فالقولُ قولُ الذي ادَّعَىٰ أنَّهُ حُرٌّ». هذا لفْظُ محمدٍ في «**أصلِ الجامعِ الصغيرِ**»[1] في كتابِ القَضَاءِ، وذلكَ لأنَّ الصغيرَ بمنزلةِ الثَّوْبِ والبهيمةِ، فالقولُ فيهِ قولُ [١٢/٢١٠ظ/د] صاحبِ اليدِ، فإذا كَبِرَ وادَّعَىٰ الحُرِّيَّةَ؛ لَمْ يُنْقَضِ الأمرُ الثابتُ ظاهرًا بغيرِ حُجةٍ، فأمَّا إذا كانَ يُعَبِّرُ عنْ نفسِه؛ فهوَ صحيحُ القولِ فيما يَنْفَعُه، كالإسلامِ، وقبولِ الهِبَةِ، ودعوىٰ الحُرِّيَّةِ تَنْفَعُهُ، فقَبِلْنا قولَه، وكذلكَ الكبيرُ؛ لأنَّهُ في يدِ نفسِه، فلَا سبيلَ لأحدٍ عليهِ ما لَمْ يتَبيَّنْ رِقُّه، فيَكُونُ القولُ قولَه في دعوىٰ الحُرِّيَّةِ، والمرادُ مِنَ التعبيرِ عنْ نفسِه: أنْ يتكلَّمَ ويعْقِلَ ما يَقُولُ.

قولُه: (وَلَوْ قَالَ: أَنَا عَبْدٌ لِفُلَانٍ؛ فَهُوَ عَبْدٌ لِلَّذِي فِي يَدِيهِ).

وصورةُ المسألةِ فِي «**أصلِ الجامعِ الصغيرِ**»: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنهم: في الرَّجُلِ يَكُونُ في يدَيْهِ العبدُ الكبيرُ فيَقُولُ: أنتَ عبدي. فيَقُولُ: لَا ولكنِّي عبْدُ فلانٍ [٦/١٣١ظ/م] لإنسانٍ آخر، فقالَ ذلكَ الإنسانُ: هوَ عبْدي، قال: القولُ قولُ الذي في يدَيْه العبدُ»[2]، وذلك لأنَّ العبد مُقِرٌّ بالرِّقِّ، ولكنَّه شاهدٌ برِقِّه لغيرِ مَن هوَ في يدَيْه، ويدُ صاحبِ اليدِ لَا تُقْطَعُ إلَّا بحجةٍ، وشَهَادَةُ العبدِ باطلةٌ

(١) ينظر: المصدر السابق [ص/٣٨٢].

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٣٨٢].

قَالَ: وَإِذَا كانَ الْحَائِطُ لِرَجُلٍ عليْهِ جُذُوعٌ، أَوْ مُتَّصِلٌ بِبِنَائِهِ، وَلِآخَرَ عليْهِ هَرَادِيٌّ؛ فَهُوَ لِصَاحِبِ الْجُذُوعِ وَالِاتِّصَالِ، وَالْهَرَادِيُّ ليس بِشَيْءٍ؛ لِأَنَّ صَاحِبَ

غاية البيان

وليسَتْ بحجَّةٍ، وكذا إذا كانَ صغيرًا، ولكنَّه يُعَبِّرُ عنْ نفسِه.

قالَ شمسُ الأئمةِ السَّرْخَسِيُّ في آخِرِ «أصولِ فِقْهِه»: «وثبوتُ الرِّقِّ هنا ليسَ بعبارتِه، بلْ بدعْوىٰ ذي اليدِ؛ لأنَّ مُعارَضتَه إيَّاه بدعوىٰ الحُرِّيَّةِ لَا تتقرَّرُ يدُه عليه، وعندَ عدمِ المُعارَضةِ تتقرَّرُ يدُه، فيَكُونُ القولُ قولَه في رِقِّه، بمنزلةِ الصَّبِيِّ الذي لَا يَعْقِلُ إذا كانَ في يدِه»[(١)].

قولُه [١٢/٢١١و/د]: (قَالَ: وَإِذَا كانَ الْحَائطُ لِرَجُلٍ عليْهِ جُذُوعٌ، أَوْ مُتَّصِلٌ بِبِنَائِهِ، وَلِآخَرَ عليْهِ هَرَادِيٌّ؛ فَهُوَ لِصَاحِبِ الْجُذُوعِ وَالِاتِّصَالِ، وَالْهَرَادِيُّ ليس بِشَيْءٍ)، أي: قالَ في «**الجامعِ الصغيرِ**».

وصورةُ المسألةِ فيهِ في كتابِ القَضَاءِ: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنهم: في الحائطِ لرَجُلٍ عليْهِ جُذُوعٌ، وللآخرِ عليْهِ هَرَادِيّ قالَ: الحائطُ لصاحبِ الجُذُوعِ وليستْ الْهَرَادِيُّ بشيءٍ»[(٢)].

الْهَرَادِيُّ: جمع الْهُرْدِيَّة، وهيَ قصَبات [تُضَمُّ][(٣)] مَلْوِيَّةً بطاقاتٍ مِن الكَرْمِ، فتُرْسَلُ عليها قُضْبانُ الكَرْمِ. كذا في «**ديوانِ الأدبِ**»، لكنْ صحَّحَ في «**الديوانِ**» الهاءَ والحاءَ جميعًا[(٤)].

وقالَ في «الصحاحِ»: «الحُرْدِيُّ: مِن القَصَبِ، نَبَطِيٌّ مُعرَّبٌ، وَلَا يُقَالُ: الهُرْدِيُّ»[(٥)].

---

(١) ينظر: «أصول السرخسي» [٢/٣٥١].
(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٣٨٢ ـ ٣٨٣].
(٣) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».
(٤) لَمْ نظْفَر به النقل في مظانِّه مِن: «معجم ديوان الأدب» للفارَابِي.
(٥) ينظر: «الصحاح في اللغة» للْجَوْهَري [٢/٤٦٥/ مادة: حرد].

الْجُذُوعِ صَاحِبُ اسْتِعْمَالٍ، وَالْآخَرُ [٧٩/و] صَاحِبُ تَعَلُّقٍ، فَصَارَ كَدَابَّةٍ تَنَازَعَا فِيهَا، وَلِأَحَدِهِمَا عَلَيْهَا حِمْلٌ وَلِلْآخَرِ كُوزٌ مُعَلَّقٌ بِهَا.

غاية البيان

ورأيتُ في نسخةٍ ثقةٍ عتيقةٍ مِن نُسَخِ «**مختصرِ الكَرْخِيِّ**»: «الحَرَادِيُّ بالحاءِ».

وقالَ صاحبُ «**الجمهرةِ**» في بابِ الحاءِ والدالِ والراءِ: «أَمَّا الذي يُسمِّيه البَصْرِيّون: الحُرْدِيُّ مِن القَصَب؛ فهو نَبَطِيٌّ مُعرَّبٌ»[1].

وكذا قالَ صاحبُ «**الديوانِ**» أيضًا: «الحُرْدِيُّ [٣٧١/٢ظ]: واحد حَرَادِيِّ القَصَبِ»[2].

فعلَىٰ هذا يَجُوزُ أَنْ يُقالَ: بالهاءِ والحاءِ جميعًا، والروايةُ في «**الأصلِ**»[3] و«**الكافي**» للحاكمِ الشهيدِ بـ«الحاءِ»[4]، وفي «**الجامعِ الصغيرِ**» و«**شرْحِ الكافي**» وقعَتْ بـ«الهاءِ» لَا غيرَ.

قالَ الإمامُ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ في «شرحِ الكافي»: «وإذا كانَ الحائطُ [٢١١/١٢ظ/د] بينَ داريْنِ، فادَّعَاه صاحبُ كلِّ واحدةٍ مِن الداريْنِ؛ فإنَّ أبا حَنِيفَةَ رضي الله عنه قالَ: إذا كانَ لأحدِهما عليْهِ جُذُوعٌ، وليسَ للآخرِ عليْهِ جُذُوعٌ؛ فهوَ لصاحبِ الجُذُوعِ؛ لأَنَّهُ في يدِ صاحبِ الجُذُوعِ - يَعْنِي: بها اليدُ المستعملةُ - واليدُ المستعملةُ لصاحبِ الجُذُوعِ؛ لأنَّ الحائطَ ما بُنِيَ إلَّا له، وصارَ كاثنيْنِ تنازَعا في دَابَّةٍ، أحدُهما راكبُها، والآخرُ آخِذٌ بلِجامِها؛ يُقْضَىٰ بها للراكبِ؛ لأنها في يدِه، وللآخرِ بها نوعُ تعلقٍ، كذا هاهنا.

فإنْ كانَ لهُ عليْهِ هَرَادِيّ أَوْ بَوَارِيّ[5] لَمْ يسْتَحقَّ بها شيئًا، وكانَ الحائطُ

---

(١) ينظر: «**جمهرة اللغة**» لابن دريد [٥٠١/١].
(٢) ينظر: «**ديوان الأدب**» للفارابي [١٧٦/١].
(٣) ينظر: «**الأصل/ المعروف بالمبسوط**» [٣٢/٨/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].
(٤) ينظر: «**الكافي**» للحاكم الشهيد [ق/٢٧٦].
(٥) **البَوَارِيّ**: جَمْع البَارِية، وهي الحَصِيرُ المَنْسُوج، والنِّسْبَةُ إلىٰ عَمَلِها وبَيْعِها: بَوَّارِيّ. وقد تقدم التعريف بذلك.

. . . .

[١٣٢/٦و/م] لصاحبِ الجُذُوعِ ؛ لأَنَّهُ هوَ المستعْمِلُ للحائطِ استعمالَ مِثْلِه ؛ لأَنَّهُ بُنِيَ لوَضْعِ الجُذُوعِ والتسقيفِ عليه، دونَ وَضْعِ الهَرَادِيِّ، لكنَّه [لَا][١] يُؤْمَرُ برَفْعِ الهَرَادِيِّ والبَوَارِيِّ ؛ لأَنَّ القَضَاءَ وقَع لهُ بالحائط بناء علىٰ الظاهرِ، والظاهرُ يَصْلُحُ حُجَّةً للدفعِ دونَ إبطالِ الِاسْتِحْقَاقِ الثابتِ للغيرِ ظاهرًا.

وإنْ كانَ الحائطُ متصلًا ببناءِ أحدِهما، وللآخرِ عليْهِ جُذُوعٌ ؛ فهوَ لصاحبِ الجُذُوعِ ؛ لأَنَّهُ مستعْمِلٌ للحائطِ، فكانَ في يدِهِ، وثبوتُ اليدِ علىٰ ما جاوَرَه وقَرُبَ، لَا يَكُونُ ثبوتًا عليه، إلَّا أنْ يَكُونَ اتصالًا [٢١٢/١٢و/د] بتربيعٍ، وهوَ أنْ يَكُونَ أحدُ طرفي الآجُرِّ في هذا الحائطِ، والطرفُ الآخرُ في الحائطِ الآخرِ، حتىٰ يَصِيرَ في معنًىٰ حائطٍ واحدٍ، وبناءٍ واحدٍ، فيكونُ ثبوتُ اليَدِ علىٰ البعضِ ثبوتًا علىٰ الكلِّ، فيكونُ الحائطُ لصاحبِ الاتصالِ، ولصاحبِ الجُذُوعِ موضعُ جذعِه.

وكذلكَ إنْ كانَ الحائطُ متخَذًا مِنَ الخشبِ، فتَكُونُ الخشبةُ التي في هذا الحائطِ مركبةً بالخشبةِ التي في ذلكَ الحائطِ، ولأَنَّ اتصالَ التربيعِ أدلُّ علىٰ سَبْقِ اليدِ مِنْ وَضْعِ الخشبِ علىٰ الجدارِ ؛ لأَنَّهُ إنَّما يُوضَعُ عليْهِ بعدَ تمامِه وصَيْرورتِه حائطًا، فمتىٰ عرَفْنا سبْقَ يدِ أحدِهما ؛ قضَيْنا لهُ بهِ.

إلَّا أنَّهُ لَا يُؤْمَرُ صاحبُ الجُذُوعِ برَفْعِ جذْوعِه، لأنَّا قضَيْنا **لصاحبِ الاتصالِ** والتربيعِ بالجدارِ بناءً علىٰ الظاهرِ، والظاهرُ يَصْلُحُ حُجَّةً للدفْعِ **دونَ إبطالِ الثابتِ**، فيكونُ لصاحبِ الجُذُوعِ حقُّ وَضْعِ الجُذُوعِ، لأنَّا لَمْ نتيقَّنْ بكونِه **مُبْطِلًا في الوضعِ** ؛ لأَنَّهُ قد يسْتَحِقُّ الوضعَ مع كوْنِ الحائطِ مملوكًا لغيرِهِ، **فلَمْ يَكُنْ هذا مِن ضَرُوراتِه**.

فإنْ لَمْ يَكُنْ متصلًا ببناءِ أحدِهما، ولَمْ يَكُنْ [٢١٢/١٢ظ/د] **عليْهِ جُذُوعٌ ؛ فهوَ**

---

(١) ما بين المعقوفتين: سقط من «م».

وَالْمُرَادُ بِالِاتِّصَالِ مُدَاخَلَةُ لَبِنِ جِدَارِهِ فِيهِ وَلَبِنِ هَذَا فِي جِدَارِهِ، **وَقَدْ يُسَمَّىٰ اتِّصَالُ تَرْبِيعٍ**، وَهَذَا شَاهِدٌ ظَاهِرٌ لِصَاحِبِهِ؛ لِأَنَّ بَعْضَ بِنَائِهِ عَلَىٰ بَعْضِ هَذَا الْحَائِطِ.

وَقَوْلُهُ: الْهَرَّادِيُّ لَيْسَ بِشَيْءٍ، يَدُلُّ عَلَىٰ أَنَّهُ لَا اعْتِبَارَ لِلْهَرَّادِيِّ أَصْلًا، وَكَذَا الْبَوَارِي؛ لِأَنَّ الْحَائِطَ لَا يُبْنَىٰ لَهَا أَصْلًا، حَتَّىٰ لَوْ تَنَازَعَا فِي حَائِطٍ، وَلِأَحَدِهِمَا عَلَيْهِ هَرَادِيٌّ وَلَيْسَ لِلْآخَرِ شَيْءٌ فَهُوَ بَيْنَهُمَا.

ولو كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَيْهِ جُذُوعٌ ثَلَاثَةٌ فَهُوَ بَيْنَهُمَا لِاسْتِوَائِهِمَا، **وَلَا مُعْتَبَرَ بِالْأَكْثَرِ مِنْهَا بَعْدَ الثَّلَاثَةِ**.

بينهما نصفانِ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما يَدَّعِيه، وليسَ أحدُهما بأَوْلَىٰ مِنَ الآخرِ، فيُقْضَىٰ بهِ بينهما».

قولُه: (وَقَدْ يُسَمَّىٰ اتِّصَالُ تَرْبِيعٍ)، أي: يُسَمَّىٰ اتصالُ مداخلةِ لَبِنٍ اتصالَ تربيعٍ.

قالَ شيخُ الإسلام خُوَاهَر زَادَه في «مبسوطِهِ»: «تفسيرُ التربيعِ إذا كانَ الحائطُ مِن مَدَرٍ أَوْ خَزَفٍ: أنْ يَكُونَ أنصافُ لَبِنِ الحائطِ المتنازَعِ فيهِ داخلًا في غيرِ المتنازَعِ فيه، وأنصافُ لَبِنِ غيرِ المتنازَعِ فيهِ داخلًا في المتنازَعِ فيه، وإنْ كانَ مِن خشبٍ: فالتربيعُ أنْ يَكُونَ ساجةُ [٦/١٣٢ظ/م] أحدِهما مركبًا في الآخرِ، فأَمَّا إذا نُقِبَ وأُدْخِلَ؛ فلَا يَكُونُ تربيعًا».

قولُه: (وَلَا مُعْتَبَرَ بِالْأَكْثَرِ مِنْهَا بَعْدَ الثَّلَاثَةِ).

قال في «شرحِ الأقطع»[1]: «فإنْ كانَ لهما جميعًا عليْهِ جُذُوعٌ؛ فهوَ بينهما نصفانِ، سواءٌ كثرتْ جُذُوعُ أحدِهما، أوْ قلَّتْ بعدَ أنْ يَكُونَ لأحدِهما عليْهِ ثلاثةُ

(١) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٢٦٢].

. . . .

جُذُوعٍ، وذلكَ لأنَّهما تساوَيا في كونِ الحِمْلِ لهما علىٰ الحائطِ، فلَا مُعْتَبرَ بالزِّيَادَةِ إذا كانَ لكلِّ واحدٍ منهما حِمْلٌ مقصودٌ[1]، كما لوْ تنازَعا في بَعِيرٍ، ولأحدِهما عليْهِ مئةُ رطْلٍ، وللآخرِ خمسونَ، أنهما جميعًا سواءٌ، كذا هذا.

وإنْ كانَ لأحدِهما عليْهِ جِذْعٌ واحدٌ، أو اثنانِ، وللآخرِ ثلاثةٌ؛ فهوَ [١٢/٢١٣و/د] لصاحبِ الثلاثةِ، ولصاحبِ ما دونَ الثلاثةِ موضعُ جِذْعِه، والحائطُ للآخرِ، وهوَ روايةُ أصحابِ «**الإملاء**» عنْ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ رضي الله عنهما».

وذكرَ محمد رضي الله عنه [٢/٣٧٢و] **في كتاب الإِقْرَارِ**: «أنَّ الحائطَ لصاحبِ الخشبِ الكثيرِ، ولصاحبِ الخشبةِ الواحدةِ ما تحتَ خَشَبِه»[2]. يَعْنِي: حقّ الوضْعِ.

وفي روايةِ كتاب الدعوىٰ: «لكلِّ واحدٍ منهما ما تحتَ خَشَبِه، والقياسُ: أنْ يَكُونَ بينهما نصفَيْنِ»[3].

ووجْهُه: أن وَضْعَ الخشبِ تصرُّفٌ، فهوَ بذلك في أيديهما، فلَا مُعْتَبرَ بالقِلَّةِ والكثْرةِ، كثوْبٍ تنازَعَه اثنانِ، أحدُهما مُمْسِكٌ بطرفِهِ، والآخرُ بأكْثرِه، وإنما تركوا القياسَ؛ لأنَّ وَضْعَ الخشبِ إذا استُحِقَّ بهِ الحائطَ؛ استَحَقَّ صاحبُ القليل بقَدْرِ خشبِه، وصاحبُ الكثيرِ بقَدْرِ خشبِه؛ لثبوتِ يدِ كلِّ واحدٍ منهما في ذلك المقدار الذي وُضِعَ عليه.

وَوَجْهُ روايةِ كتابِ الإِقْرَارِ: أنَّ الخشبَ الكثيرَ حِمْلٌ مَقْصُودٌ؛ لأنَّ الحائطَ يُبْنَىٰ له[4]، والخشبةُ الواحدةُ ليسَتْ بحِمْلٍ مَقْصُودٍ، فصارَ كبعيرٍ تنازَعَه اثنانِ

---

(١) وقع بالأصل: «حِمْلٌ مخصوص». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

(٢) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٨/٢٤٩/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٣) المصدر السابق [٨/٣٣].

(٤) في «غ»: «يبتنىٰ عليه».

وَإِنْ كَانَ جُذُوعُ أَحَدِهِمَا أَقَلَّ مِنْ ثَلَاثَةٍ فَهُوَ لِصَاحِبِ الثَّلَاثَةِ، **وَلِلْآخَرِ مَوْضِعُ جِذْعِهِ فِي رِوَايَةٍ**، وَفِي رِوَايَةٍ: **لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا تَحْتَ خَشَبَتِهِ**، ....

غاية البيان

لأحدِهما عليْهِ حِمْلٌ، وللآخرِ إداوةٌ، إلَّا أنَّ على هذه الروايةِ: تُتْرَكُ خشبةُ الآخرِ بحالِها، لِمَا قدّمْنا أنَّ الظاهرَ يَصْلُحُ للدفعِ، لَا لإبطالِ الثابتِ.

ثُمَّ اختلفَ أصحابُنا المتأخِّرونَ على الروايةِ [١٢/٢١٣ظ/د] التي لكلِّ واحدٍ منهما ما تحت خشَبتِه في حُكْمِ ما بينَ الخشبِ[1].

قالَ بعضُهم: هوَ بينهما نصفانِ؛ لأنَّهُ لَا يدَ لأحدِهما فيه، فلَمْ يَكُنْ أحدُهما بأَوْلَىٰ مِنَ الآخرِ، كرجليْنِ تنازَعا في دارٍ، وفي يدِ أحدِهما بيتٌ منها، وفي يدِ الآخرِ بيتانِ؛ أنَّ البَاقِيَ بينهما نصفان، كذلك ما بينَ الخشبِ.

[٦/١٣٣و/م] **ومنهمْ مَن يَقُولُ**: يَكُونُ ذلكَ بينهما على قَدْرِ خَشَبِ كلِّ واحدٍ منهما؛ لأنَّ صاحبَ الخشبِ الكثيرِ مستعْمِلٌ للحائطِ أكثر مِنَ استعمالِ الآخرِ، فاعْتُبِر مستعملًا لِمَا يَلِي الجُذُوعَ، وهوَ المرادُ مِن قولِه: (**وَقِيلَ: عَلَىٰ قَدْرِ خَشَبِهِمَا**)، حتىٰ يَكُونَ لصاحبِ الجذعيْنِ خُمْسانِ، ولصاحبِ الجُذُوعِ الثلاثةِ ثلاثةُ الأخماسِ[2].

قولُه: (**وَلِلْآخَرِ مَوْضِعُ جِذْعِهِ فِي رِوَايَةٍ**)، أي: حقّ الوضعِ، وهيَ روايةُ كتابِ الإِقْرَارِ.

قولُه: (**وَفِي رِوَايَةٍ: لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا تَحْتَ خَشَبَتِهِ**)، وهي روايةُ كتابِ الدعوىٰ والصُّلْحِ. كذا ذَكَرَ شيخُ الإسلامِ خُوَاهَر زَادَه في «**مبسوطِهِ**».

---

(١) قال قاضيخان: والصحيح أن ذلك الموضع يكون ملكًا لصاحب الخشبة. كذا في «تبيين الحقائق» [٤/٣٢٧]، وينظر: «العناية شرح الهداية» [٨/٢٨٧]، «البناية شرح الهداية» [٩/٤١٠].

(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٢٧٦ - ٢٧٧].

ثُمَّ قِيلَ: مَا بينَ الْخَشَبِ بَيْنَهُمَا، وَقِيلَ: عَلَىٰ قَدْرِ خَشَبَتِهِمَا، وَالْقِيَاسُ أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ؛ لِأَنَّهُ لَا مُعْتَبَرَ بِالْكَثْرَةِ فِي نَفْسِ الْحُجَّةِ.

وَجْهُ الثَّانِي أَنَّ الِاسْتِعْمَالَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ بِقَدْرِ خَشَبَتِهِ. وَوَجْهُ الْأَوَّلِ أَنَّ الْحَائِطَ يُبْنَىٰ لِوَضْعِ كَثِيرِ الْجُذُوعِ دُونَ الْوَاحِدِ وَالْمُثَنَّىٰ، فَكَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لِصَاحِبِ الْكَثِيرِ، إِلَّا أَنَّهُ يَبْقَىٰ لَهُ حَقُّ الْوَضْعِ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ لَيْسَ بِحُجَّةٍ فِي اسْتِحْقَاقِ يَدِهِ وَلَوْ كانَ لِأَحَدِهِمَا جُذُوعٌ، وَلِلْآخَرِ اتِّصَالٌ؛ فَالْأَوَّلُ أَوْلَىٰ.

غاية البيان

قولُه: (ثُمَّ قِيلَ: مَا بينَ الْخَشَبِ بَيْنَهُمَا)، أي: نصفانِ، يَعْنِي: اختلفَ المشايخُ علىٰ روايةِ كتاب الدعوىٰ والصُّلْحِ في حُكْمِ ما بينَ الخشبِ، قيل: بينهما، وقيل: علىٰ قَدْرِ خشبِهما، وقد مَرَّ آنفًا.

قولُه: (وَلَوْ كانَ لِأَحَدِهِمَا جُذُوعٌ، وَلِلْآخَرِ اتِّصَالٌ؛ فَالْأَوَّلُ أَوْلَىٰ).

وهنا نُسْختانِ: أحدُهما هذه[١]، والأخرىٰ: «ولو كانَ لأحدِهما اتصالٌ، وللأخرىٰ جُذُوعٌ»[٢]. قيل: النسخةُ الأُخرىٰ [١٢/٢١٤و/د] هيَ الصوابُ؛ لأنَّها الموافقةُ لِمَا في الكتابِ مِنَ المعنىٰ؛ لأنَّهُ أرادَ بقولِه: (وَجْهُ الْأَوَّلِ): الاتصالَ،

---

(١) وهذا لفظ المطبوع من «الهداية» للمرغيناني [١٧٣/٣]. وهو المثْبَت في النسخة التي بخط المؤلف مِن «الهداية» [٢/ق٧٩/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا]، وفي نسخة القَسْطَمونيّ مِن «الهداية» [٢/ق٨١/ب/ مخطوط مكتبة ولي الدين أفندي ـ تركيا]، وفي نسخة القاسِميّ مِن «الهداية» [ق/٢٠٥/ب/ مخطوط مكتبة كوبريلي فاضل أحمد باشا ـ تركيا]، وفي نسخة الشَّهْرَكَنْديّ (المقروءة علىٰ أكمل الدين البابرتيّ) من «الهداية» [ق/٢٠٦/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا]. في نسخة البَايِسُوني من «الهداية» [ق/٢٣٨/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا]. وفي نسخة الأَرْزَكانِيّ مِن «الهداية» [٢/ق٨٢/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا].

(٢) أشار إليه المؤلف أيضًا في حاشية نُسْخته مِن «الهداية»، وكذا الشَّهْرَكَنْديّ في حاشية نُسْخته. وكذا البَايِسُوني في نسخته نقْلًا عن «النهاية» للسُّغْناقي.

وَيُرْوَىٰ: الثَّانِي أَوْلَىٰ؛ لِأَنَّ لِصَاحِبِ الْجُذُوعِ التَّصَرُّفَ، وَلِصَاحِبِ الِاتِّصَالِ الْيَدُ، وَالتَّصَرُّفُ أَقْوَىٰ.

غاية البيان

فَيَنْبَغِي أنْ يَكُونَ ذِكْرُ الاتصالِ مُقدَّمًا.

[و][1] **على النسخةِ الأَوْلَىٰ:** يَنْبَغِي أنْ يُقَالَ: «وَجْهُ الثاني». مكان قولِه: **(وَجْهُ الْأَوَّلِ)**؛ لأنَّ الاتصالَ هوَ الثاني فيها، وكذلكَ أُثْبِتَ في بعضِ النُّسَخِ أيضًا[2].

قالَ في «شرحِ الأقطعِ»[3]: «إذا اختلفا في الحائطِ، ولأحدِهما اتصالٌ بهِ مِنْ أحدِ جانبَيْه، ولآخَرَ عليْهِ جُذُوعٌ، والاتصالُ: هوَ مداخلةُ اللِّبنِ بعْضِه في بعْضٍ، فذكرَ في كتابِ الدعوىٰ: أنَّ صاحبَ الجُذُوعِ أَوْلَىٰ، وذكرَ الطَّحَاوِيُّ: أنَّ صاحبَ الاتصالِ أَوْلَىٰ».

وَجْهُ الروايةِ الأولىٰ: أنَّ الجِذْعَ تصرُّفٌ ظاهرٌ، والاتصالُ مِنْ جانبِ يدٍ، وصاحبُ التصَرُّف أَوْلَىٰ مِن صاحبِ اليدِ، كما لوْ تنازَعَ الدَّابَّةَ راكبٌ عليها ومتعلِّقٌ بلِجامِها.

وَجْهُ الروايةِ الأُخرىٰ: أنَّ الاتصالَ يجْعَلُ الجميعَ كحائطٍ واحدٍ، وقدْ حَكَمْنا ببعضِه لصاحبِ الدَّارِ [٣٧٢/٢ظ]، فاستحَقَّ باقيَه، وكانَ الشيخُ أبو عبدِ اللهِ الْجُرْجَانِيُّ يَقُولُ: هذه الروايةُ هيَ الصحيحةُ.

فإنْ كانَ لأحدِهما اتصالُ تربيعٍ [١٣٣/٦ظ/م]، وهوَ أنْ يَكُونَ الحائطُ مُدَاخلًا بجانبَيْهِ للحائطِ المتنازَعِ فيه، فيَصِيرُ الجميعُ بناءً واحدًا، وهوَ كالقُبَّةِ والأَزَجِ[4]، فإذا حَكَمْنا لهُ ببعْضِه [٢١٤/١٢ظ/د]؛ حَكَمْنا لهُ بجميعِه، ويكونُ أَوْلَىٰ مِنْ جانبِ الأَجذاعِ.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

(٢) أشار إليه المؤلف في حاشية نُسْخته مِن «الهداية»، وكذا الشَّهْرَكَنْديّ في حاشية نُسْخته.

(٣) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٢٧٧].

(٤) الأَزَجُ: بناءٌ مستطيلٌ مُقَوَّسُ السَّقْف. ينظر: «المعجم الوسيط» [١٥/١].

وَجْهُ الثَّانِي أَنَّ الْحَائِطَيْنِ بِالِاتِّصَالِ يَصِيرَانِ كَبِنَاءٍ وَاحِدٍ، وَمِنْ ضَرُورَةِ الْقَضَاءِ لَهُ بِبَعْضِهِ الْقَضَاءُ بِكُلِّهِ، ثُمَّ يَبْقَىٰ لِلْآخَرِ حَقُّ وَضْعِ جُذُوعِهِ لِمَا قُلْنَا، وَهَذِهِ رِوَايَةُ الطَّحَاوِيِّ رحمه الله، وَصَحَّحَهَا الْجُرْجَانِيُّ رحمه الله.

غاية البيان

وإذا ثَبَتَ أنَّ اتصالَ التربيعِ يُسْتَحَقُّ بهِ الحائطُ؛ تُرِكَتِ الجُذُوعُ علىٰ حالِها؛ لأنَّ صاحبَ التربيعِ استحَقَّ الحائطَ بالظاهرِ، فلَا يَجُوزُ أنْ يسْتَحِقَّ بذلكَ يدَ صاحبِ الجُذُوعِ، وليسَ يمْتَنِعُ أنْ يَكُونَ الحائطُ في الأصلِ لأحدِهما، وللآخرِ عليْهِ حقُّ الوضعِ.

قولُه: (وَهَذِهِ رِوَايَةُ الطَّحَاوِيِّ، وَصَحَّحَهَا الْجُرْجَانِيُّ)، أي: كونُ صاحب الاتصال مِن جهةٍ واحدةٍ أَوْلَىٰ مِن صاحبِ الجُذُوعِ رواية الطَّحَاوِيِّ، وقالَ الشيخُ أبو عبدِ الله الْجُرْجَانِيُّ: هيَ الصحيحةُ.

قالَ الإمامُ الأَسْبِيْجَابيُّ في «شرحِ الطَّحَاوِيِّ»: «وإنْ كانَ وَجْهُ الحائطِ إلىٰ أحدِهما، وظَهْرُه إلىٰ آخرَ، قالَ أبو حَنِيفَةَ: يُقْضَىٰ بالحائطِ بينهما، ولا يُقْضَىٰ لمَنْ إليهِ وَجْهُ الحائطِ، وقالَا: يُقْضَىٰ بالحائطِ لمنْ إليهِ وَجْهُ الحائطِ، هذا إذا جُعِلَ الوجهُ وَقْتَ البناءِ حيثُ يُبْنَىٰ، فأَمَّا إذا جُعِلَ الوجهُ بعدَ البناءِ بالنقْشِ والتطْيِينِ، فلَا يَسْتَحِقُّ بهِ الحائطُ في قولِهم جميعًا.

وكذلكَ الاختلافُ فيما إذا تنازَعَا في خُصٍّ[1] بينَ الكَرْمَيْنِ والقُمُطُ[2] إلىٰ أحدِهما، قالَ أبو حَنِيفَةَ رضي الله عنه: يُقْضَىٰ بهِ بينهما، وقالا: يُقْضَىٰ بهِ لمنْ إليهِ القُمُطُ.

ولوْ تنازَعا في بابٍ مُغْلَقٍ علىٰ حائطٍ بينَ دارَيْنِ، والغَلَقُ[3] إلىٰ أحدِهما،

---

(١) **الخُصُّ**: بيتٌ مِن شَجَرٍ أو قصَبٍ. أوْ هو البيتُ يُسقف بخَشبٍ. ينظر: **«المعجم الوسيط»** [١/٢٣٨].

(٢) **القُمُطُ**: حبْلٌ مِن ليفٍ أو خُوصٍ تُشَدُّ به الأَخْصَاص. ينظر: **«المعجم الوسيط»** [٢/٧٥٩].

(٣) **الغَلَقُ**: المِغْلاق، وهو ما يُغْلَق به الباب ويُفْتَح. ينظر: **«مختار الصحاح»** للرازي [ص/٢٢٩/ مادة: غلق].

وَإِذَا كانَتْ دَارٌ مِنْهَا فِي يدِ رَجُلٍ عَشْرَةُ أَبْيَاتٍ، وَفِي يَدِ الآخَرِ بَيْتٌ؛ فَالسَّاحَةُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ لِاسْتِوَائِهِمَا فِي اسْتِعْمَالِهَا وَهُوَ الْمُرُورُ فِيهَا.

غاية البيان

قالَ أبو حَنِيفَةَ رضي الله عنه: يُقْضىٰ بالبابِ والغَلَقِ [١٢/٢١٥و/د] بينهما.

وقالَا: يُقْضَىٰ بالبابِ لمنْ إليهِ الغَلَقُ.

ولو كانَ للبابِ غلَقَانِ مِنَ الجانبيْنِ جميعًا؛ قُضِيَ بالبابِ بينهما بالإجماعِ[١]. كذا ذكرَ في كتابِ الصُّلحِ مِنْ «شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ».

قولُه: (وَإِذَا كانَتْ دَارٌ مِنْهَا في يدِ رَجُلٍ عَشْرَةُ أَبْيَاتٍ، وَفِي يَدِ الآخَرِ بَيْتٌ؛ فَالسَّاحَةُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ)، وهذه مسألةُ «الجامعِ الصغيرِ»[٢]، وذلكَ لأنَّهما استوَيا في استعمالِ الساحةِ في المُرُورِ، ووَضْعِ الأمتعةِ، وكَسْرِ الحَطَبِ ونحوِ ذلكَ؛ لأنَّها لَمْ تَكُنْ في يدِ أحدِهما دونَ الآخرِ، فكانتْ بينهما نصفَيْنِ، كالطريقِ يستوِي فيهِ صاحبُ [٦/١٣٤و/م] الدَّار، وصاحبُ المنزلِ، وصاحبُ البيتِ، بخلافِ ما إذا تنازَعا في الشِّرْبِ[٣]، حيثُ يُحكمُ فيهِ بمقدارِ الأرضِ.

قالَ في «شرحِ الطَّحَاوِيِّ»: «ولوْ كانَ العُلْوُ في يدِ أحدِهما، والسُّفْلُ في يدِ الآخرِ، والساحةُ في أيديهما، ولَمْ يَكُنْ لهما بَيِّنَةٌ وحلَفا، وكلٌّ منهما يَدَّعِي الجميعَ؛ يُتْرَكُ السُّفْلُ في يدِ صاحبِ السُّفْلِ، والعُلْوُ في يدِ صاحبِ العُلْوِ، والساحةُ لصاحبِ السُّفْلِ، ولصاحبِ العُلْوِ حقُّ المُرُورِ في روايةٍ.

وفي روايةٍ أُخرىٰ: الساحةُ بينهما نصفانِ، وإنْ أقاما البَيِّنَة؛ يُقْضَىٰ بالسُّفْل لصاحبِ العُلْوِ، وبالعُلْوِ لصاحبِ السُّفْلِ، والساحةُ للذي قُضِيَ لهُ [١٢/٢١٥ظ/د]

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيُّ [ق/٢٥٠].

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحِهِ النافع الكبير» [ص/٣٨٣].

(٣) الشِّرْبُ - بكَسْر الشين -: الحَظُّ مِن الماء. وعرَّفه بعضهم: بكونه النصيب مِن الماء للأراضي وغيرها. وقد تقدم التعريف بذلك.

قَالَ: وَإِذَا ادَّعَىٰ الرَّجُلَانِ أَرْضًا؛ يَعْنِي يَدَّعِي كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهَا فِي يَدِهِ لَمْ يَقْضِ أَنَّهَا فِي يَدِ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حَتَّىٰ يُقِيمَا [٧٩/ظ] الْبَيِّنَةَ أَنَّهَا فِي أَيْدِيهِمَا؛ لِأَنَّ الْيَدَ فِيهَا غَيْرُ مُشَاهَدٍ لِتَعَذُّرِ إِحْضَارِهَا، وَمَا غَابَ عَنْ عِلْمِ الْقَاضِي فالْبَيِّنَةُ تُثْبِتُهُ.

غاية البيان

بالسُّفْلِ علىٰ الروايةِ التي قالَ: الساحةُ لصاحبِ السُّفْلِ، وعلىٰ الروايةِ التي قالَ: يَكُونُ بينهما؛ يُقْضَىٰ بما في يدِ هذا للآخرِ، وبما في يدِ الآخرِ لهذا»[١].

قولُه: (**قَالَ: وَإِذَا ادَّعَىٰ الرَّجُلَانِ**)، يَعْنِي: يَدَّعِي كلُّ واحدٍ منهما أنَّها في يدَيْه؛ (**لَمْ يُقْضَ أنَّها في يدِ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حَتَّىٰ يُقِيمَا الْبَيِّنَةَ أنها فِي أَيْدِيهِمَا**)، أي: قالَ في كتابِ القَضَاءِ منَ «**الجامعِ الصغيرِ**».

وصورتُها في «**أصلِ الجامعِ الصغيرِ**»: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: في أرضٍ ادَّعاها رَجُلانِ، كلُّ واحدٍ منهما يَدَّعِي أنَّها في يديْهِ، قالَ: لَا أقضِي أنَّها في يدِ واحدٍ منهما، حتىٰ يقيما البَيِّنَةَ أنَّها في أيدِيهِمَا، وإنْ [٢/٣٧٣و] أقامَ أحدُهما البَيِّنَةَ أنَّها في يدِه، ولَمْ يُقِمِ الآخرُ البَيِّنَةَ؛ جعلْتُها في يدِ الذي أقامَ البَيِّنَةَ أنَّها في يديه[٢]، فإنْ أرادا قِسْمتَها، وقدْ أقاما البَيِّنَةَ أنَّها في أيديهما؛ لَمْ أَقسِمْها إلَّا أنْ يُقيما البَيِّنَةَ أنَّها لهما، وكلُّ شيءٍ كانَ في أيديهما سوىٰ العَقَارِ زعَما أنَّهُ لهما، وأرادا قِسْمتَه قسَمْتُه بينهما»[٣]. إلىٰ هنا لفْظُ محمد ﷺ.

وإنما لَمْ يُقْضَ أنَّها في يدِ واحدٍ منهما حتىٰ يقيما البَيِّنَةَ؛ **لأنَّ اليدَ في العَقَارِ لَا تُشاهَدُ**، والقاضي لَا يَقْضِي بما غابَ عن عِلْمِه إلَّا بحجَّةٍ، **ولعلَّ اليدَ لغيرِهما، وإنْ** أقامَ أحدُهما البَيِّنَةَ أنَّها في يدِه تُجْعَل في يدِه، ويُجْعَل **الآخرُ خارجًا؛ لأنَّهُ نوَّرَ دعواهُ بِالحُجَّةِ**.

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق/٢٥٠].

(٢) وقع بالأصل: «في أيديهما». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

(٣) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٣٨٣، ٣٨٤].

....

غاية البيان

وإنْ أقاما البَيِّنَةَ أنَّها في أيديهما يُقْضَىٰ باليدِ لهما لاستوائِهما [١٢/٢١٦و/د] في الحُجَّةِ، فإنْ طلَبا القِسْمَةَ مِن القاضي؛ فالقاضي لَا يقْسِمُها ما لَمْ يقيما البَيِّنَةَ علىٰ المِلْكِ، وكلُّ شيءٍ في أيديهما سوىٰ العَقَارِ إذا طلَبا القِسْمَةَ [٦/١٣٤ظ/م]، فإنَّ القاضيَ يقْسِمُه، وإنْ لَمْ يُقيما البَيِّنَةَ علىٰ المِلْكِ، مِنَ المشايخ مَن قال: ما ذكرَ هاهنا قول أبي حَنِيفَةَ، أَمَّا علىٰ قولهما في العَقَار أيضًا: يُقْسَم وإنْ لَمْ يُقيما البَيِّنَةَ علىٰ المِلْكِ.

وجعلَ هذه المسألةَ فرعًا لمسألةٍ ذكرَها في القِسْمَةِ، إذا طلبَ الورثةُ مِن القاضي قِسْمَة العَقَارِ بينَهم؛ فإنَّه لَا يقْسِمُها بينَهم حتىٰ يقيموا البَيِّنَةَ علىٰ المِيرَاثِ.

وعندَهما[١]: يُقْسَمُ منْ غيرِ إقامةِ البَيِّنَةِ، فإنْ كانَتْ مُشْتَرَاةً بأنْ قالا[٢]: اشتريناها مِنْ فلانٍ وطلَبا[٣] القِسْمَةَ، فإنَّه يقْسِمُها بينهم عندَ الكلِّ في ظاهرِ الروايةِ.

وإنْ لمْ يقيموا البَيِّنَةَ: فعندَ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: إذا كانَ لَا يقْسِمُ في المِيرَاثِ بدونِ البَيِّنَةِ، وهذا العَقَارُ يُحْتَملُ أنْ يَكُونَ مَوْروثًا بينهما، وَيُحْتَملُ أنْ يَكُونَ غيرَ مَوْرُوثٍ؛ لَا يَقْسِمُ احتياطًا، وعندَهما: يَقْسِمُ بدونِ البَيِّنَةِ، فهاهنا أَوْلَىٰ.

ومنهمْ مَن قالَ: ما ذكرَ هاهنا قولُ الكلِّ فلَا يقْسِمُ؛ لأنَّ القِسْمَةَ نوعانِ: قِسْمَةٌ بحقِّ المِلْكِ لتكميلِ المَنْفَعَةِ، وقِسْمَةٌ بحقِّ اليدِ؛ لأجْلِ الحِفْظِ والصيانةِ، والعَقَارُ غيرُ محتاجةٍ إلىٰ الحِفْظِ.

فما لَمْ يَثْبُتِ [١٢/٢١٦ظ/د] المِلْكُ لَا يَقْسِمُ حتَّىٰ لوْ كانَ في أيديهما شيءٌ سوىٰ العَقَارِ؛ يقْسِمُ مِنْ غيرِ إقامةِ البَيِّنَةِ؛ لأنَّ ما سوىٰ العَقَارِ يَحْتَاجُ إلىٰ الحِفْظِ والصيانةِ.

---

(١) وقع بالأصل: «وعندهم». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

(٢) وقع بالأصل: «بأنْ قال». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

(٣) وقع بالأصل: «وطلب». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

وَإِنْ أَقَامَ أَحَدُهُمَا الْبَيِّنَةَ جُعِلَتْ فِي يَدِهِ؛ لِقِيَامِ الْحُجَّةِ؛ لِأَنَّ الْيَدَ حَقٌّ مَقْصُودٌ[١] وَإِنْ أَقَامَا الْبَيِّنَةَ جُعِلَتْ فِي أَيْدِيهِمَا لِمَا بَيَّنَّا؛ فَلَا يَسْتَحِقُّ لِأَحَدِهِمَا مِنْ غَيْرِ حُجَّةٍ.

وَإِنْ كانَ أَحَدُهُمَا قَدْ لَبَّنَ فِي الْأَرْضِ، أَوْ بَنَىٰ، أَوْ حَفَرَ؛ فَهِيَ فِي يَدِهِ؛ لِوُجُودِ التَّصَرُّفِ وَالِاسْتِعْمَالِ فِيهَا، وَاللهُ أَعْلَمُ.

غاية البيان

قولُه: (لِمَا بَيَّنَّا)، إِشَارَةٌ إِلىٰ قولِه: (لِقِيَامِ الْحُجَّةِ).

قولُه: (وَإِنْ كانَ أَحَدُهُمَا قَدْ لَبَّنَ فِي الْأَرْضِ، أَوْ بَنَىٰ، أَوْ حَفَرَ؛ فَهِيَ فِي يَدِهِ).

وصورةُ المسألةِ في «أصلِ الجامعِ الصغيرِ»: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنهم: في أرضٍ صحراءَ، ادَّعاها رَجُلانِ، كلُّ واحدٍ منهما يَدَّعِي أنَّها في يديه، وأحدُهما لَبَّنَ فيها لَبِنًا، وهوَ فيها[٢]، أوْ حَفَرَ فيها، أوْ بنَىٰ فيها بناءً، قالَ: هيَ في يدِ الذي أحدثَ فيها اللَّبِنَ، أو الحفْرَ، أو البناءَ»[٣]، وذلكَ لأنَّ هذا الفعلَ استعمالٌ منْهُ للأرضِ، ومِنْ ضَرُورَةِ الاستعمالِ [٦/١٣٥و/م] إثباتُ اليدِ، كالركوبِ علىٰ الدَّوابِّ، واللبْسِ في الثِّيَابِ. كذا ذكرَ فخرُ الإسلامِ رحمه الله.

---

(١) فِي حاشية الْأَصْل: «خ: فَلَا يَسْتَحِقّ لأحدهما مِنْ غَيْر حجة».

(٢) في «غ»: «وبنىٰ».

(٣) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٣٨٤].

بَابُ
دَعْوَى النَّسَبِ

قَالَ: وَإِذَا بَاعَ جَارِيَةً، فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ الْبَائِعُ، فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ يَوْمِ بَاعَ؛ فَهُوَ ابْنٌ لِلْبَائِعِ، وَأُمُّهُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ.

بَابُ
دَعْوَى النَّسَبِ

لَمَّا فرَغَ مِن بيانِ دعوى المالِ: شرَعَ في بيانِ دعوى النَّسَبِ، وقدَّمَ الأولَ؛ لكونِه أهمَّ بكثْرةِ وقوعِه.

قولُه: (**قَالَ: وَإِذَا بَاعَ جَارِيَةً، فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ الْبَائِعُ، فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ يَوْمِ بَاعَ؛ فَهُوَ ابْنٌ لِلْبَائِعِ، وَأُمُّهُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ**)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «**مختصرِه**»، وتمامُه فيه: «ويُفْسَخُ البَيْعُ، ويُرَدُّ الثَّمَنُ»[(١)].

والدَّعْوةُ إلى الطعامِ: بفَتْح الدالِ.

والدِّعْوةُ في النَّسَبِ: بالكسرِ، هذا أكثرُ كلامِ العربِ.

فأمَّا عَدِيُّ الرِّبَابِ[(٢)]: فيفْتَحونَ في النَّسَبِ، ويكْسِرونَ في الطعامِ. كذا رأيتُ في «**أمالي ثعلبٍ**»[(٣)] [٢/٣٧٣ظ]، وكذلكَ ذكرَ الجَوْهَرِيُّ[(٤)] أيضًا.

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢١٨].

(٢) عَدِيُّ الرِّبَاب: إحدى قبائل العرب المشهورة. والرِّبَابُ: هم أحياء ضَبَّةَ، وهم: تَيْمٌ، وعَدِيٌّ، وعُكْلٌ، وقيل: تَيْمٌ، وَعِدِيٌّ، وعَوْفٌ، وثَوْرٌ، وأَشْيَبُ، وضَبَّةُ عَمُّهُم. ينظر: «معجم قبائل العرب» لعمر كحالة [٢/٤١٥]، و«تاج العروس» للزَّبيدي [٢/٤٧٣/ مادة: ربب].

(٣) لَمْ نظفر بهذا النقل في المطبوع مِن: «أمالي ثعلب/ رواية أبي بكر ابن مقسم»، فلعله وقَع في بعض روايات الأمالي الأخرى عن ثعلب.

(٤) ينظر: «الصحاح في اللغة» للْجَوْهَري [٦/٢٣٣٦/ مادة: دعا].

وَفِي الْقِيَاسِ هُوَ قَوْلُ زُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ دَعْوَتُهُ بَاطِلَةٌ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ اعْتِرَافٌ مِنْهُ بِأَنَّهُ عَبْدٌ ، فَكَانَ فِي دَعْوَاهُ مُنَاقِضًا وَلَا نَسَبَ بِدُونِ الدَّعْوَىٰ .

غاية البيان

ثُمَّ اعلمْ: أنَّ الدِّعْوةَ علىٰ ثلاثةِ أوجهٍ: دِعْوةُ استيلادٍ ، ودِعْوةُ مِلْكٍ ، ودِعْوةُ شُبْهَةٍ.

أَمَّا [١٢/٢١٧و/د] **دِعْوةُ الاِسْتِيلَادِ:** فإنَّها دِعْوةٌ قويةٌ ، تَنْفُذُ في المِلْكِ وغيرِ المِلْكِ ، بشَرْطِ أنْ يَكُونَ أصلُ العُلُوقِ في مِلْكِه ؛ لأنَّ الحريةَ تَسْتَنِدُ إلىٰ وَقْتِ العُلُوقِ ، وتُوجِبُ هذه الدِّعْوةُ فَسْخَ ما جرَىٰ مِنَ العُقُودِ ، إذا كانَ محلًّا للفَسْخِ ، وتَنْتَظِمُ الاعترافَ بالوطءِ .

ودِعْوةُ المِلْكِ: ألَّا يَكُونَ أصلُ العُلُوقِ في المِلْكِ ، وتَنْفُذُ في المِلْكِ ، ولا تَنْفُذُ في غيرِ المِلْكِ ؛ لأنَّ الحُرِّيَّةَ تَقْتَصِرُ علىٰ وَقْتِ الدِّعْوةِ ، ولا تُوجِبُ هذه الدِّعْوةُ فَسْخَ ما جرىٰ مِنَ العُقُودِ ، ولا تَنْتَظِمُ الاعترافَ بالوطءِ .

ودِعْوةُ شُبْهَةِ المِلْكِ: كدِعْوةِ الأبِ ولدَ جَارِيَةِ ابنِه ، وإنَّما تَصِحُّ **بشَرْطِ أنْ** يَكُونَ مِلْكُ الابنِ قائمًا في الجَارِيَةِ والولدِ منْ وَقْتِ العُلُوقِ إلىٰ وَقْتِ الدِّعْوةِ ؛ **لأنَّ** حقَّ التمليكِ ثَبَتَ لهُ بحُكْمِ ولايةِ التصرُّفِ في مالِه ؛ **لأنَّهُ لَا مِلْكَ للأبِ حقيقةً** ، ولا حقَّ مِلْكٍ ، بلْ لهُ حقُّ التَّمَلُّكِ عندَ الحاجةِ .

فصَحَّتْ دِعْوتُه لحقٍّ ثَبَتَ لهُ في مالِ الابنِ مقتضَىٰ الدِّعْوةِ سابقًا عليه ، **ثُمَّ** يَسْتَنِدُ إلىٰ وَقْتِ العُلُوقِ ، كما في حقيقةِ الاِسْتِيلَادِ **يَثْبُتُ المِلْكُ لهُ في مالِ ابنِه** سابقًا علىٰ الاِسْتِيلَادِ تصحيحًا له ، فلَا بُدَّ مِنْ قيامِ **مِلْكِ الابنِ** [٦/١٣٥ظ/م] **مِنْ وَقْتِ العُلُوقِ إلىٰ وَقْتِ الدِّعْوةِ** ؛ ليثْبُتَ لهُ الحقُّ **في مالِه تصحيحًا لدعوتِه** .

ثُمَّ اعلمْ: أنَّ البَائِعَ أو المُشْتَرِيَ إذا **ادَّعَىٰ ولدَ الجَارِيَةِ المَبِيعَةِ ؛ فلَا يَخْلُو: إمَّا** إنْ جاءتْ بهِ لأقلّ مِنْ ستَّةِ أشهرٍ مِنْ وَقْتِ البَيْعِ ، **أوْ لستَّةِ** [١٢/٢١٧ظ/د] **أشهرٍ فصاعدًا** ،

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ: أَنَّ اتِّصَالَ الْعُلُوقِ بِمِلْكِهِ شِهَادَةٌ ظَاهِرَةٌ عَلَىٰ كَوْنِهِ مِنْهُ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ عَدَمُ الزِّنَا.

غاية البيان

ما بينها وبينَ سنتيْنِ مِنْ وَقْتِ البَيْعِ، أوْ جاءَتْ بهِ لأكثر مِنْ سنتيْنِ مِنْ وَقْتِ البَيْعِ، وقدْ عُلِمَ ذلكَ أوْ لَمْ يُعْلَمْ.

وكلُّ وَجْهٍ منَ الأوجهِ الثلاثةِ: على أربعةِ أوجهٍ: إمَّا إنِ ادَّعَى البَائِعُ وحْدَه، أوِ المُشْتَرِي، أوْ هما جميعًا معًا، أوْ على التعاقُبِ، فإنْ جاءتْ بالولدِ لأقلّ مِنْ ستةِ أشهرٍ، وقدْ عَلِمَ ذلكَ، فادَّعاهُ البَائِعُ، وكذَّبه المُشْتَرِي؛ صحَّ دِعْوتُه استحسانًا، وهوَ قولُ إبراهيمَ النَّخَعِيِّ، حتى يَثْبُتَ نسبُ الولدِ منه، ويُفْسَخُ البَيْعُ، ويُرَدُّ الثَّمَنُ على المُشْتَرِي إنْ كانَ نَقَدَ.

وقالَ زُفَرُ رحمه الله: لَا تَصِحُّ دِعْوةُ البَائِعِ إذا كذَّبَه المُشْتَرِي، وهوَ القياسُ، وهوَ قولُ الشَّافِعِيِّ رضي الله عنه[1]. كذا ذكرَ خُوَاهَر زَادَه في «مبسوطِهِ».

وذلكَ لأنَّ دِعْوةَ البَائِعِ الولد دعوى منه إبطالُ مِلْكِ المُشْتَرِي، فلَا يُصَدَّقُ عليْهِ مِن غيرِ تصديقِه، ولأنَّ إقدامَه على البَيْعِ اعترافٌ بأنَّ الولدَ عبْدٌ، فصارَ مناقِضًا في دِعْوتِه، ودعوى المناقِضِ مردودةٌ، ألا ترى أنَّهُ لوْ أقرَّ أنَّهُ كانَ أعتَقها لَا يَصِحُّ، وكذلكَ لوِ ادَّعَاه بعدما ادَّعَاه المُشْتَرِي، أوْ أعتقَه المُشْتَرِي، أوْ جاءتْ بولدٍ لستَّةِ أشهرٍ فصاعدًا.

وَجْهُ الاستحسانِ: أنَّ عُلُوقَ الولدِ في مِلْكِ المُدَّعِي بيقينٍ، بمنزلةِ البَيِّنَةِ العادلةِ حُكْمًا في حقِّ ثباتِ النَّسَبِ، وحريةُ الولدِ مِنَ الأصلِ، وصَيْرورةُ الجَارِيَةِ أُمّ ولَدٍ لهُ استدلالًا بالأبِ ادَّعَى ولدَ جَارِيَة ابنِه؛ صحَّ دِعْوتُه، وإنْ كَذَّبَه الابنُ [١٢/٢١٨و/د] إذا عُلِمَ العُلُوقُ في مِلْكِ الابنِ فهذا أَوْلَى؛ لأنَّ الأبَ لهُ شُبْهَةُ مِلْكٍ في

(١) ينظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٣/٤٧٩]، و«المهذب في فقه الإمام الشافعي» للشيرازي [٣/١٤٠]، و«كفاية النبيه شرح التنبيه» لابن الرفعة [١٥/١٢٦].

وَمَبْنَى النَّسَبِ عَلَى الْخَفَاءِ فَيُعْفَى فِيهِ التَّنَاقُضُ، وَإِذَا صَحَّتِ الدَّعْوَى اسْتَنَدَتْ إِلَى وَقْتِ الْعُلُوقِ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ بَاعَ أُمَّ وَلَدِهِ فَيُفْسَخُ الْبَيْعُ؛ لِأَنَّ بَيْعَ أُمِّ الْوَلَدِ لَا يَجُوزُ وَيَرُدُّ الثَّمَنَ؛ لِأَنَّهُ قَبَضَهُ بِغَيْرِ حَقٍّ.

غاية البيان

مالِ الابنِ، وللبائعِ حقيقةُ مِلْكٍ، والتناقضُ مَعْفُوٌّ لمكانِ الخفاءِ في النَّسَبِ.

وإذا صحَّ دِعْوةُ الاسْتِيلَادِ يُرَدُّ البَيْعُ؛ لأنَّها تَسْتَنِدُ إلى وَقْتِ العُلُوقِ، **فظهَرَ** أَنَّهُ باعَ أُمَّ ولَدٍ، وإنَّهُ لَا يَجُوزُ، ومِلْكُ المُشْتَرِي يَحْتَمِلُ الفَسْخَ فيُفْسَخُ، **بخلافِ ما** إذا أعتقَ المُشْتَرِي [١٣٦/٦و/م] أو ادَّعاهُ، حيثُ لَا تَصِحُّ دِعْوةُ البَائِعِ بعدَ [٣٧٤/٢و] ذلكَ؛ لأنَّ الإِعْتَاقَ والنَّسَبَ حَقٌّ لازمٌ لَا يَحْتَمِلُ الفَسْخَ.

ولَا يَلْزَمُ ما إذا ادَّعَى البَائِعُ أنَّهُ كانَ أعتقَها، أوْ دبَّرَها؛ لأنَّهُ لَمْ يَكُنْ لهُ على هذه الدعوى بَيِّنَةٌ لَا حقيقةً، ولَا حُكْمًا، وفيما نحنُ فيهِ العُلُوقُ في مِلْكِه بيقينٍ صارَ كَالبَيِّنَةِ حُكْمًا، وإنْ لَمْ تُوجَدِ البَيِّنَةُ حقيقةً، ولا يَلْزَمُ ما إذا جاءتْ بالولدِ لستَّةِ أشهرٍ فصاعدًا؛ لعدمِ البَيِّنَةِ لَا حُكْمًا، ولَا حقيقةً، فاعْتُبِر ذلكَ إقرارًا محضًا على الغيرِ، فلَمْ يُعْتَبَرْ هذا إذا ادَّعَى البَائِعُ لَا غيرَ.

فإنِ ادَّعَى المُشْتَرِي وحْدَهُ؛ صحَّتْ دِعْوتُه؛ لأنَّ دِعْوةَ المُشْتَرِي دِعْوةُ تحريرٍ، حتى كانَ للمُشْتَرِي ولاءٌ على الولدِ، كما لوْ أعتقَه، والمُشْتَرِي يَصِحُّ منهُ التحريرُ، فيَصِحُّ منه دِعْوةُ التحريرِ، فإنِ ادَّعَيَا جميعًا: إنْ خرجَ الكلامانِ معًا؛ فدعوةُ البَائِعِ أَوْلَى عندَنا؛ لأنَّهُ سابقٌ مَعْنًى، فيُعْتَبرُ بما لوْ كانَ سابقًا حقيقةً، ولو كانَ سابقًا حقيقةً، بأنِ ادَّعَى أوَّلًا، ثُمَّ ادَّعَى المُشْتَرِي؛ صحَّ دِعْوةُ البَائِعِ، ولَمْ يَصِحَّ [٢١٨/١٢ظ/د] دِعْوةُ المُشْتَرِي، فكذا هذا.

وإنما قلْنا: أنَّهُ سابقٌ؛ لأنَّهُ مِن وَقْتِ العُلُوقِ، ودِعْوةُ التحريرِ تَقْتَصِرُ على الحالِ، وإنْ سبقَ أحدُهما صاحبَه؛ فالسابقُ أَوْلَى، وإنْ كانَ السابقُ هوَ البَائِعُ: فلمَا

....

ذَكَرْنا، وإنْ كانَ هوَ المُشْتَرِي: فلأنَّ النَّسَبَ لَا يَحْتَمِلُ الفَسْخَ، هذا كلُّه إذا جاءتْ بالولدِ لأقلَّ مِنْ ستةِ أشهرٍ، وقد عُلِمَ ذلكَ.

فإنْ جاءتْ بهِ لستةِ أشهرٍ فصاعدًا، ما بينها وبينَ سنتيْنِ مِنْ وَقْتِ البَيْعِ، وقدْ عُلِمَ ذلكَ، فالمسألةُ علىٰ وجوهٍ أربعةٍ: فإنِ ادَّعَاهُ البَائِعُ لَا غيرَ؛ فإنّه لَا تَصِحُّ دِعْوتُه إلَّا بتصديقِ المُشْتَرِي؛ لأنَّ عُلُوقَ الولدِ لَمَّا لَمْ يُتَيَقَّنْ في مِلْكِه؛ صارتْ دِعْوتُه، ودِعْوةُ أجنبيٍّ آخرَ سواءً.

إلَّا أنَّ الفرقَ بينَ البَائِعِ والأجنبيِّ: أنَّ المُشْتَرِيَ إذا صدَّقَ الأجنبيَّ؛ يَثْبُتُ نسبُ الولدِ، ولكنْ يَبْقَىٰ الولدُ عبدًا، ولا تَصِيرُ الجَارِيَةُ أُمَّ ولَدٍ [لهُ][1]؛ لأنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ عُلُوقَ الولدِ في مِلْكِه بتصادُقِهما، وفيما إذا صَدَّقَ البَائِعَ؛ يَثْبُتُ النَّسَبُ وتَصِيرُ الجَارِيَةُ أُمَّ ولَدٍ، وينتَقِضُ البَيْعُ؛ لحصولِ العُلُوقِ في مِلْكِه.

وإنِ ادَّعَاهُ المُشْتَرِي وحْدَه صحَّتْ دِعْوتُه؛ لأنَّ دِعْوتَه صحيحةٌ حالةَ الانفرادِ فيما لَا يَحْتَمِلُ [٦/١٣٦ظ/م] العُلُوق في مِلْكِه، وفيما يَحْتَمِلُ العُلُوق أَوْلَىٰ، ويَجِبُ أنْ يَكُونَ دِعْوةُ استيلادٍ حتىٰ يَكُونَ الولدُ حُرَّ الأصلِ، ولا يَكُونُ لهُ ولاءٌ علىٰ الولدِ؛ لأنَّ العُلُوقَ في مِلْكِه مُمْكِنٌ، وإنِ ادَّعَيَا معًا، أوْ سبَقَ أحدُهما [١٢/٢١٩و/د] صاحبَه تَصِحُّ دِعْوةُ المُشْتَرِي؛ لأنَّ البَائِعَ في هذه الحالةِ كالأجنبيِّ.

فأَمَّا إذا جاءتْ بالولدِ لأكثر مِنْ سنتيْنِ، وقدْ عُلِمَ ذلكَ؛ فالمسألةُ علىٰ أربعةِ أَوْجُهٍ أيضًا: فإنِ ادَّعَاه البَائِعُ؛ لَا يَصِحُّ إلَّا بتصديقِ المُشْتَرِي؛ لأنَّهُ لوِ ادَّعَىٰ فيما إذا جاءتْ بهِ لستَّةِ أشهرٍ؛ لَا يَصِحُّ بدونِ تصديقِه معَ احتمالِ العُلُوقِ في مِلْكِه، وهنا أَوْلَىٰ ألَّا يَصِحَّ بدونِ تصديقِه؛ لأنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ العُلُوق في مِلْكِه أصلًا.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

وَإِنِ ادَّعَاهُ الْمُشْتَرِي مَعَ دَعْوَةِ الْبَائِعِ، أَوْ بَعْدَهُ؛ فَدَعْوَةُ الْبَائِعِ أَوْلَىٰ؛ لِأَنَّهَا

وإنْ صَدَّقَه المُشْتَرِي صحَّتِ الدِّعْوة، وثَبَتَ النَّسَبُ كما في الأجنبيِّ؛ لأنَّهُ لَا يَنْتَقِضُ البَيْعُ ولا تَصِيرُ الجَارِيَةُ أُمَّ ولَدٍ لهُ، ويَبْقَىٰ الولدُ عبدًا للمُشْتَرِي، وهوَ ثابتُ النَّسَبِ مِن البَائِعِ، وإنِ ادَّعَيَا معًا، أوْ سبَقَ أحدُهما صاحبَه؛ صحَّ دِعْوةُ المُشْتَرِي؛ لأنَّ البَائِعَ كالأجنبيِّ، وهذا الذي ذَكَرْنا كلُّه إذا عُلِمَ مُدَّةُ الولادةِ بعدَ البَيْعِ.

فإذا لَمْ يُعْلَمْ أنَّها جاءتْ بالولدِ لأقلَّ مِن ستةِ أشهرٍ، أوْ لستةِ أشهرٍ فصاعدًا ما بينها وبينَ سنتَيْنِ، أوْ لأكثر مِن سنتين؛ فالمسألةُ علىٰ أربعةِ أوْجُهٍ أيضًا، فإنِ ادَّعَاهُ البَائِعُ؛ فإنَّه لَا تَصِحُّ دِعْوتُه إلَّا أنْ يُصَدِّقَه المُشْتَرِي؛ لعدمِ تيَقُّنِ العُلُوقِ في مِلْكِه.

وإنِ ادَّعاهُ المُشْتَرِي صحَّ؛ لأنَّ أكثرَ ما في البابِ: أنَّ عُلُوقَ الولدِ [٣٧٤/٢ظ] في مِلْكِ البَائِعِ، بأنْ جاءَتْ بهِ لأقلَّ مِنْ ستةِ أشهرٍ، ولكنْ هذا لَا يَمْنَعُ دِعْوةَ المُشْتَرِي، وإنْ سَبَقَ أحدُهما صاحبَه في الدعوىٰ [٢١٩/١٢ظ/د]: إنْ سَبَقَ المُشْتَرِي؛ صحَّتْ دِعْوتُه، وإنْ سَبَقَ البَائِعُ، ثُمَّ ادَّعَىٰ المُشْتَرِي؛ لَا تَصِحُّ دِعْوةُ واحدٍ منهما؛ لوقوعِ الشكِّ في ثباتِ النَّسَبِ مِن كُلِّ واحدٍ منهما.

وإنِ ادَّعَيَا معًا؛ فإنَّه لَا تَصِحُّ دِعْوةُ واحدٍ منهما، ويكونُ الولدُ عبدًا للمُشْتَرِي؛ لأنَّهُ وقَعَ الشكُّ في ثباتِ النَّسَبِ مِن كُلِّ واحدٍ منهما؛ لأنَّهُ إنْ كانَ أقلَّ مِن ستةِ أشهرٍ؛ لَمْ يَثْبُتِ النَّسَبُ مِنَ المُشْتَرِي، ويَثْبُتْ مِنَ البَائِعِ، وإنْ كانَ لستةِ أشهرٍ، أوْ لأكثر منْ سنتَيْنِ؛ ثبتَ منَ المُشْتَرِي، ولَمْ يَثْبُتْ منَ البَائِعِ، فلَا يَثْبُتُ معَ الشكِّ، وهذا عندَنا، وعندَ إبراهيمَ النَّخَعِيِّ رحمه الله: يَثْبُتُ منهما؛ لأنَّهُ لَمَّا وقَعَ الشكُّ كانَ الإثباتُ [١٣٧/٦و/م] أَوْلَىٰ؛ لِمَا فيهِ من الاحتياطِ، هذا حاصلُ ما ذكرَه خُوَاهَر زَادَه رحمه الله في «مبسوطِه».

قولُه: (وَإِنِ ادَّعَاهُ الْمُشْتَرِي مَعَ دَعْوَةِ الْبَائِعِ، أَوْ بَعْدَهُ؛ فَدَعْوَةُ الْبَائِعِ أَوْلَىٰ)،

أَسْبَقُ لِاسْتِنَادِهَا إِلَىٰ وَقْتِ الْعُلُوقِ، وَهَذِهِ دَعْوَةُ اسْتِيلَادٍ.

وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِأَكْثَرَ مِنْ سَنَتَيْنِ مِنْ وَقْتِ الْبَيْعِ لَمْ تَصِحَّ دَعْوَةُ الْبَائِعِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ اتِّصَالُ الْعُلُوقِ بِمِلْكِهِ تَيَقُّنًا وَهُوَ الشَّاهِدُ وَالْحُجَّةُ، إِلَّا إِذَا صَدَّقَهُ الْمُشْتَرِي فَيَثْبُتُ النَّسَبُ وَيُحْمَلُ عَلَى الِاسْتِيلَادِ بِالنِّكَاحِ، وَلَا يَبْطُلُ الْبَيْعُ لِأَنَّا تَيَقَّنَّا أَنَّ الْعُلُوقَ لَمْ يَكُنْ فِي مِلْكِهِ، فَلَا يُثْبِتُ حَقِيقَةَ الْعِتْقِ وَلَا حَقِّهِ، وَهَذِهِ دَعْوَةُ تَحْرِيرٍ وَغَيْرِ الْمَالِكِ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهِ.

وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِأَكْثَرَ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ الْبَيْعِ، وَلِأَقَلَّ مِنْ سَنَتَيْنِ لَمْ تُقْبَلْ دَعْوَةُ الْبَائِعِ فِيهِ إِلَّا أَنْ يُصَدِّقَهُ الْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّهُ احْتَمَلَ أَلَّا يَكُونَ الْعُلُوقُ فِي مِلْكِهِ، فَلَمْ يُوجَدْ الْحُجَّةُ فَلَا بُدَّ مِنْ تَصْدِيقِهِ، وَإِذَا صَدَّقَهُ يَثْبُتُ النَّسَبُ وَيَبْطُلُ [٨٠/و] الْبَيْعُ، وَالْوَلَدُ حُرٌّ وَالْأُمُّ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ كَمَا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَىٰ لِتَصَادُقِهِمَا وَاحْتِمَالِ الْعُلُوقِ فِي الْمِلْكِ.

فَإِنْ مَاتَ الْوَلَدُ، فَادَّعَاهُ الْبَائِعُ وَقَدْ جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ؛ لَمْ

﴿ غاية البيان ﴾

هذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصرِهِ»[1]، وقد مَرَّ البيانُ.

قولُه: (وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِأَكْثَرَ مِنْ سَنَتَيْنِ مِنْ وَقْتِ الْبَيْعِ؛ لَمْ تَصِحَّ دَعْوَةُ الْبَائِعِ)، ذكرَه تفريعًا، وقد مَرَّ البيانُ.

قولُه: (وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِأَكْثَرَ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ الْبَيْعِ، وَلِأَقَلَّ مِنْ سَنَتَيْنِ لَمْ تُقْبَلْ دَعْوَةُ الْبَائِعِ فِيهِ إِلَّا أَنْ يُصَدِّقَهُ الْمُشْتَرِي)، وقد مَرَّ البيانُ آنفًا.

قولُه: (فَإِنْ مَاتَ الْوَلَدُ، فَادَّعَاهُ الْبَائِعُ وَقَدْ جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ؛ لَمْ

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/٢١٨].

يَثْبُتِ الِاسْتِيلَادُ فِي الْأُمِّ؛ لِأَنَّهَا تَابِعَةٌ لِلْوَلَدِ وَلَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ بَعْدَ الْمَوْتِ لِعَدَمِ حَاجَتِهِ إِلَىٰ ذَٰلِكَ فَلَا يَتْبَعُهُ اسْتِيلَادُ الْأُمِّ.

❁ غاية البيان ❁

يَثْبُتِ الِاسْتِيلَادُ فِي الْأُمِّ)، هذا لفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصرِه»(١).

قالَ في «شرحِ الأقطعِ»: «وعلىٰ هذا لوْ أعتقَه [١٢/٢٢٠و/د] المُشْتَرِي أوْ دبَّره، والأصلُ في ذلكَ: أنَّهُ متىٰ حدثَ في الولدِ ما لَا يلحقُه الفَسْخَ؛ لَا يَجُوزُ فَسْخُ المِلْكِ فيهِ بالدعوةِ، وإذا لَمْ يحدثْ فيهِ ما لَا يلحقُه الفَسْخَ؛ قُبِلَتِ الدِّعْوةُ ويَثْبُتِ النَّسَبُ.

ثُمَّ إذا ماتَ الولدُ تعذَّرَ(٢) إثباتُ النَّسَبِ فيه؛ لأنَّ الحُقُوقَ لَا تَثْبُتُ ابتداءً للميتِ ولا عليه، وإذا لَمْ يَثْبُتِ النَّسَبُ لَمْ يَثْبُتِ الِاسْتِيلَادُ؛ لأنَّهُ فرْعُ النَّسَبِ، وكانَتِ الأُمُّ بحالِها»(٣).

قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ في «شرحِ الكافي»: «أعتقَ الولدَ أوْ دبَّره، أوْ قُتِلَ عندَه، فأخذَ قيمتَه، ثُمَّ ادَّعاهُ البَائِعُ؛ لَمْ يُصَدَّقْ علىٰ ذلكَ؛ لأنَّهُ بطلَتْ محليةُ الدعوىٰ بالهلاكِ، إذِ النَّسَبُ ليسَ بأمرٍ مَقْصُودٍ بعدَ الوفاةِ، وكذا العِتْقُ والتَّدْبِيرُ تصَرُّفٌ لازمٌ لَا يَحْتَمِلُ النقضَ، فتعَذَّرَ تصحيحُ الدِّعْوةِ في الولدِ، وإذا لَمْ يَصِحَّ في حقِّ الولدِ؛ لَمْ يَصِحَّ في حقِّ الأُمِّ؛ لأنَّها تابعةٌ إلَّا إذا صَدَّقَه المُشْتَرِي علىٰ ذلكَ، فيُقْبَلُ، ويَصِيرُ كالأمرِ الظاهرِ.

ولوْ لَمْ يُقْتَلِ الولدُ، ولكنَّهُ قُطِعَتْ يدُه، فأخَذَ المُشْتَرِي نِصْفَ قيمتِه، ثُمَّ ادَّعاهُ البَائِعُ؛ فإنَّه يُصَدَّقُ علىٰ الدِّعْوةِ، ويَرُدُّ البَائِعُ ما قبَضَ مِن الثَّمَنِ إلَّا حصةَ اليدِ؛ لأنَّها صارَتْ مقصودةً [١٢/٢٢٠ظ/د] بالقطعِ، فانتفَىٰ حُكْمُ التبعيةِ عنها، فلَا يظْهرُ

---

(١) ينظر: المصدر السابق.

(٢) وقع بالأصل: «وتعذر». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٣) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٢٨٦].

وَإِنْ مَاتَتِ الْأُمُّ، فَادَّعَاهُ الْبَائِعُ، وَقَدْ جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ؛ يَثْبُتُ النَّسَبُ فِي الْوَلَدِ، وَأَخَذَهُ الْبَائِعُ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ هُوَ الْأَصْلُ فِي النَّسَبِ فَلَا يَضُرُّهُ فَوَاتُ التَّبَعِ، وَإِنَّمَا كَانَ الْوَلَدُ أَصْلًا؛ لِأَنَّهَا تُضَافُ إِلَيْهِ؛ يُقَالُ: أُمُّ الْوَلَدِ، وَتَسْتَفِيدُ الْحُرِّيَّةَ مِنْ جِهَتِهِ؛ لِقَوْلِهِ عليه السلام: «أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا». وَالثَّابِتُ لَهَا حَقُّ الْحُرِّيَّةِ، وَلَهُ حَقِيقَتُهَا، وَالْأَدْنَىٰ يَتْبَعُ الْأَعْلَىٰ.

غاية البيان

الِاسْتِحْقَاقُ في حقِّها، وكذلكَ لوْ كانَ القطعُ في الأُمِّ.

وكذلكَ لوْ كانَ رَجُلٌ فَقَأَ عينَيِ الولدِ، فدفعَه المُشْتَرِي، وأخَذَ قيمتَه، ثُمَّ ادَّعاهُ البَائِعُ؛ فدِعْوتُه جائزةٌ، ويُرَدُّ الثَّمَنُ علىٰ المُشْتَرِي، ويَرْجِعُ الجاني [٦/١٣٧ظ/م] علىٰ المُشْتَرِي بِالقِيمَةِ التي أعطاهُ، ولا يَكُونُ للعينيْنِ أَرْشٌ علىٰ الجاني في قولِ أبي حَنيفةَ.

وقالَ أبو يوسفَ ومحمدٌ: علىٰ الجاني ما نقَصَه بناءً علىٰ أصلٍ، وهوَ أنَّ الضَّمَانَ يَجِبُ في مقابلةِ الجُثَّةِ عندَ أبي حَنِيفَةَ، فيُشْتَرَطُ سلامتُها للجاني، وقدْ تعذَّرَ، وعندَهما: في مقابلةِ النُّقْصَانِ، والنُّقْصَانُ مُتَحقِّقٌ عندَهما، فيُجْبَرُ بِالضَّمَانِ، وكذا لوْ فقَأَ عيْنَيِ الأُمِّ».

قولُه: (وَإِنْ مَاتَتِ الْأُمُّ، فَادَّعَاهُ الْبَائِعُ، وَقَدْ جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ؛ يَثْبُتُ النَّسَبُ فِي الْوَلَدِ، وَأَخَذَهُ الْبَائِعُ)، هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «**مختصرِهِ**».

وتمامُه فيه: «ورَدَّ الثَّمَنَ كلَّه في قولِ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه، وقالَ أبو يوسفَ ومحمدٌ رضي الله عنهما: يَرُدُّ حصةَ الولدِ، ولا يَرُدُّ حصةَ الأُمِّ»[1]، وذلكَ لأنَّ الولدَ لَمْ يحدُثْ فيهِ ما لَا يلحقُه الفَسْخَ، فصَحَّتِ الدِّعْوةُ فيه، والأُمُّ قد وُجِدَ [٢/٣٧٥و] فيها ما لَا يلحقُه الفَسْخَ، فلَمْ تُؤَثِّرِ الدِّعْوةُ فيها؛ ولأن النَّسَبَ يَجُوزُ أنْ ينفردَ عنِ الِاسْتِيلَادِ، والدليلُ [١٢/٢٢١و/د] عليه: ولدُ المغرورِ، ولأنَّ الِاسْتِيلَادَ فرعٌ، والنَّسَبُ أصلٌ،

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/٢١٨].

وَيَرُدُّ الثَّمَنُ كُلُّهُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَقَالَا: يَرُدُّ حِصَّةَ الْوَلَدِ وَلَا يَرُدُّ حِصَّةَ الْأُمِّ؛ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ بَاعَ أُمَّ وَلَدِهِ، وَمَالِيَّتُهَا غَيْرُ مُتَقَوَّمَةٍ عِنْدَهُ فِي الْعَقْدِ وَالْغَصْبِ؛ فَلَا يَضْمَنُهَا الْمُشْتَرِي، وَعِنْدَهُمَا مُتَقَوَّمَةٌ فَيَضْمَنُهَا.

غاية البيان

وتعذُّرُ الفرعِ لَا يُبْطِلُ الأصلَ، وتعذُّرُ الأصلِ يَمْنَعُ مِنْ ثُبوتِ الفرعِ.

قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّين الأَسْبِيْجَابيُّ في «**شرحِ الكافي**» للحاكمِ الشهيدِ: «أعتقَ الأُمَّ أوْ دبَّرَها، أو استولَدها، ثم ادَّعَى البَائِعُ الولدَ؛ ثبَتَ نسبُه منه، وردَّ إليهِ حصتَه مِن الثَّمَنِ، ولَمْ يَرُدَّ حصةَ الأُمِّ؛ لأنَّهُ لَا مانعَ مِن الدِّعْوةِ؛ لأنَّهُ تبيَّنَ أنَّ العُلُوقَ وقَعَ في المِلْكِ، فملَكَ الدِّعْوةَ، وهوَ أصْلٌ في هذه الحالةِ، فأخذَ قِسْطًا مِنَ الثَّمَنِ، وتعذَّرَ تصحيحُ الدِّعْوةِ في حقِّ الأُمِّ؛ لزوالِها عنِ المِلْكِ».

وقالَ شيخُ الإسلامِ خُوَاهَر زَادَه في «**مبسوطِه**»: «وكانَ يَجِبُ أنْ يَبْطُلَ عِتْقُ المُشْتَرِي في الأُمِّ حُكْمًا لثباتِ النَّسَبِ؛ لأنَّ مِنْ حُكْمِ ثباتِ النَّسَبِ: أنْ تَصِيرَ الجَارِيَةُ أُمَّ ولدٍ [لهُ][1]، كما قبْلَ إِعْتَاقِ المُشْتَرِي الأُمَّ إذا ادَّعَى البَائِعُ الولدَ».

ثُمَّ أجابَ عنه: «بأنَّ صيرورةَ الأُمِّ أُمَّ الولدِ للمُدَّعِي مِنْ أحكامِ ثبوتِ النَّسَبِ، لكنْ ليسَ مِن ضروراتِه، بحيثُ لَا يَنْفَصِلُ عَنْه النَّسَبُ بحالٍ، بلْ يَجُوزُ الانفصالُ عَنْه كما في ولدِ المغرورِ».

ثُمَّ قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّين الأَسْبِيْجَابيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «ولو لَمْ يفعلْ شيئًا مِنْ ذلكَ، ولكنِ الأُمُّ ماتَتْ، ثُمَّ ادَّعَى البَائِعُ الولدَ؛ فهوَ مُصَدَّقٌ في [١٢/٢٢١ظ/د] ذلكَ، ويَرُدُّ الثَّمَنَ كلَّه في قولِ أبي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

وقالَ أبو يوسفَ ومحمدٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: لَا يَرُدُّ حصةَ الأُمِّ [٦/١٣٨و/م]، بناءً علىٰ أصلٍ، وهوَ أنَّ أُمَّ الولدِ لَا تُضْمَنُ بِالْغَصْبِ عندَ أبي حَنِيفَةَ.

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

....

غاية البيان

وعندَهما: تُضْمَنُ، فمتىٰ تبيَّنَ أنَّ العَقْدَ لَمْ يَصِحَّ في حقِّها، ولَا في حقِّ ولدِها، ولَا هيَ مَضْمُونَةٌ؛ وجَبَ ردُّ ما يقابلُهما، وعندَهما: أنَّ أُمَّ الولدِ مُتقوّمةٌ، فإذا انتقضَ العَقْدُ؛ وجَبَ عليْهِ ردُّها، وقدْ تعذَّر، فلَا يَرُدّ ما يقابلُها، وجُعِلَ إمساكُ الحِصَّةِ كاستردادِها».

وقالَ شيخُ الإسلامِ خُوَاهَر زَادَه في «مبسوطِهِ»: «ماتَتِ الأُمُّ عندَ المُشْتَرِي، فادَّعَىٰ البَائِعُ الولدَ، فعلىٰ قولِ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: تَصِحُّ دِعْوتُه في الولدِ والأُمِّ جميعًا، حتىٰ يَجِبَ علىٰ البَائِعِ ردُّ جميعِ الثَّمَنِ، كما لوْ كانَتِ الأُمُّ حَيَّةً، وعلىٰ قولِهما: لَا تَصِحُّ الدِّعْوةُ في حقِّ الأُمِّ، كما لوْ أعتَقَها المُشْتَرِي، وإنَّما يَصِحُّ في حقِّ الولدِ، فلَا يَلْزَمُه ردُّ الثَّمَنِ بحصَّةِ الأُمِّ عندَهما؛ لأنَّهُ استوىٰ الموتُ والعِتْقُ في حقِّ الولدِ، فيَنْبَغِي أنْ يستويَا في حقِّ الأُمِّ.

أَلَا ترَىٰ أنَّهُ لَا تَصِحُّ دِعْوةُ البَائِعِ بعدَ موتِ الولدِ، كما لَا تَصِحُّ دِعْوتُه بعدَ إِعْتَاقِ المُشْتَرِي، ثُمَّ دِعْوةُ البَائِعِ الولدَ لَا تَصِحُّ في حقِّ الأُمِّ إذا كانَ أعتَقَها المُشْتَرِي، فكذا إذا ماتَتْ.

وأبو حَنِيفَةَ رضي الله عنه يَقُولُ: صيرورةُ الجَارِيَةِ أُمّ ولدٍ مِنْ أحكامِ ثبوتِ نسبِ الولدِ، لَا مِنْ ضروراتِه، بحيثُ لَا تَنْفَصِلُ عَنْه بحالٍ، ولوْ كانَ مِنْ أحكامِه وضروراتِه؛ لثبَتَ علىٰ كلِّ حالٍ متىٰ ثبَتَ نسبُ الولدِ [١٢/٢٢٢و/د]، ولو لَمْ يَكُنْ مِنْ أحكامِه لَمْ يَثْبُتْ بحالٍ، وإنْ ثبتَ النَّسَبُ، فإذا كانَ مِنْ أحكامِه، ولَمْ يَكُنْ مِن ضروراتِه؛ قلْنا: متىٰ ثبَتَ نسبُ هذا الولدِ؛ ثبَتَ هذا الحقُّ لها.

وإنْ كانَتْ مَيْتَةً ـ ومِنْ حيثُ إنَّهُ ليسَ مِن ضروراتِه، بلْ يَنْفَصِلُ عَنْه بحالٍ ـ لَمْ يَثْبُتْ لها هذا الحقُّ بعدَ عِتْقِها؛ توفيرًا علىٰ الأمريْنِ حظَّهما بقَدْرِ الإمكانِ».

وَفِي: «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: وَإِذَا حَبِلَتِ الْجَارِيَةُ فِي مِلْكِ رَجُلٍ، فَبَاعَهَا فَوَلَدَتْ فِي يدِ الْمُشْتَرِي، فَادَّعَى الْبَائِعُ الْوَلَدَ، وَقَدْ أَعْتَقَ الْمُشْتَرِي الْأُمَّ؛ فَهُوَ ابْنُهُ يُرَدُّ عليْه بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ، وَلَوْ كانَ الْمُشْتَرِي إنَّما أَعْتَقَ الْوَلَدَ؛ فَدَعْوَاهُ بَاطِلَةٌ.

والبَاقِي يُعْلَمُ في «مبسوطِ خُوَاهَر زَادَه رحمه الله».

ثُمَّ قالَ في «شرحِ الكافي»: «ولوْ كاتبَ الأُمَّ، أوْ باعَها، أوْ وهَبَها، أو رَهَنَها، أوْ آجَرَها، أوْ زوَّجَها؛ أبطَلْتُ جميعَ ذلكَ، ورددتُها إلى البَائِعِ؛ لأنَّ هذه التصرُّفاتِ ممَّا يَحْتَمِلُ النقضَ بعدَ صحتِها، فلَأَنْ تُنْقَضُ عندَ ظهورِ عدمِ الصحَّةِ أصلًا كانَ أَوْلَى».

[٣٧٥/٢ظ] قولُه: (وَفِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: وَإِذَا حَبِلَتِ الْجَارِيَةُ فِي مِلْكِ رَجُلٍ، فَبَاعَهَا فَوَلَدَتْ في يدِ الْمُشْتَرِي، فَادَّعَى الْبَائِعُ الْوَلَدَ، وَقَدْ أَعْتَقَ الْمُشْتَرِي الْأُمَّ؛ فَهُوَ ابْنُهُ يُرَدُّ عليْهِ [٦/١٣٨ظ/م] بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ، وَلَوْ كانَ الْمُشْتَرِي إنَّما أَعْتَقَ الْوَلَدَ؛ فَدَعْوَاهُ بَاطِلَةٌ).

قالَ فخرُ الدِّين قاضي خان رحمه الله في «شرحِ الجامعِ الصغيرِ»: «وذكَرَ شمسُ الأئمةِ السَّرْخَسِيُّ: أن هذا قولُ أبي يوسفَ ومحمدٍ رحمهما الله، أمَّا على قولِ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: يَرُدُّ الولدَ بجميعِ الثَّمَنِ؛ لأنَّ عندَه: لَا مَالِيَّةَ لأُمِّ الولدِ».

ولنا فيهِ نَظَرٌ؛ لأنَّ محمدًا رحمه الله نقَلَ في [١٢/٢٢٢ظ/د] «الجامعِ الصغيرِ» عنْ أبي حَنِيفَةَ صريحًا: «أنه يَرُدُّ الولدَ بحِصَّتِه مِنَ الثَّمَنِ»[1].

وقالَ في «الأصلِ»: «وإذا حبِلَتِ الأَمَةُ عندَ الرَّجُلِ فباعَها، فولدَتْ عندَ المُشْتَرِي لأقلّ مِنْ ستةِ أشهرٍ، ثُمَّ إنَّ المُشْتَرِيَ أعتقَ الأُمَّ، ثُمَّ ادَّعَى البَائِعُ الولدَ؛ فإنَّ دِعْوتَه فيهِ جائزةٌ في قولِ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه، ويُرَدُّ إليهِ بحِصَّتِه مِن الثَّمَنِ، ولَا

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤١٣].

....

يُصَدَّقُ على الأُمِّ، ولَا تَرْجِعُ أَمَةً تُوطَأُ بقولِ البَائِعِ بعدَ أنْ صارَتْ حُرَّةً»[١]. إلى هنا لَفْظُ «**الأصلِ**».

وكذلكَ أَثْبَتَ في «**الكافي**» للحاكمِ الشهيدِ، وكذلكَ ذكَرَ الطَّحَاوِيُّ والكَرْخِيُّ في «**مختصريهما**»[٢]، وكذلكَ ذكرَ الفقيهُ أبو الليثِ رحمه الله في «**شرحِ الجامعِ الصغيرِ**»، وكذلكَ ذكرَ شمسُ الأئمةِ البَيْهَقِيُّ في «**الشاملِ**» و«**الكفايةِ**»[٣].

أَلَا ترى أنَّ محمدًا قالَ في «**الجامعِ الصغيرِ**»: «عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنهم: في الرَّجُلِ يَشْتَرِي الجَارِيَةَ، فتَلِدُ عندَه ولدًا، وقدْ كانَ أصْلُ الحَبَلِ عندَ البَائِعِ، وأعتقَ المُشْتَرِي الأُمَّ، ثُمَّ ادَّعَى البَائِعُ الولدَ، قالَ: هوَ ابنُه، ويُرَدُّ عليْهِ بحِصَّتِه مِن الثَّمَنِ، وإنْ كانَ المُشْتَرِي أعتقَ الولدَ، ولَمْ يُعْتِقِ الأُمَّ، ثُمَّ ادَّعَى البَائِعُ الولدَ؛ فدِعْوتُه بَاطِلٌ»[٤]. إلى هنا لَفْظُ محمدٍ رحمه الله في «**أصلِ الجامعِ الصغيرِ**».

وقالَ الطَّحَاوِيُّ في «مختصرِهِ»: «ومَنْ باعَ أَمَةً حاملًا حمْلًا كانَ أصْلُه في مِلْكِه، فجاءَتْ بولدٍ في يدِ المُشْتَرِي لأقلِّ مِنْ ستةِ أشهرٍ، فادَّعَاهُ البَائِعُ؛ قُبِلَتْ دعواهُ، وفُسِخَ البَيْعُ فيهِ وفي أُمِّه.

وإنْ كانَ المُشْتَرِي قدْ أعتقَ أُمَّه قبْلَ ذلكَ؛ لَمْ يُصَدَّقِ البَائِعُ على ردِّها رقيقًا،

---

(١) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٨/٤٤/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٢) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/٣٥٥ - ٣٥٦]، الإيضاح شرح مختصر الكرخي للكرماني [ق/٢١٦]، الكافي للحاكم الشهيد [ق/٢٧٥].

(٣) قال في التصحيح: وعلى قول الإمام مشى الأئمة كالنسفي والمحبوبي والموصلي وصدر الشريعة. ينظر: «تبيين الحقائق» [٤/٣٣٠]، «العناية» [٨/٢٩٦] «الجوهرة النيرة» [٢/٢٢٤]، «الاختيار لتعليل المختار» [٢/١٢٥]، «البناية شرح الهداية» [٩/٤١٦]، «البحر الرائق» [٤/٢٦٣]، «اللباب في شرح الكتاب» [٤/٥٣].

(٤) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤١٣].

. . . .

وصُدِّقَ في ولدِها، فقُسِمَ الثَّمَنُ عليْهِ وعلىٰ أُمِّه، ثُمَّ فُسِخَ البَيْعُ فيهِ بحِصَّتِه مِنَ الثَّمَن، وإنْ كانَ المُشْتَرِي قدْ أعتقَ الولدَ، ولَمْ يُعْتِقِ الأُمَّ، والمسألةُ علىٰ حالِها؛ كانَتْ دِعْوتُه باطلًا، وكانَ البَيْعُ علىٰ حالِه»[1]. إلىٰ هنا لَفْظُ الطَّحَاوِيِّ في «**مختصرِه**».

وقالَ الكَرْخِيُّ في «مختصرِه»: «ولوْ كانَ المُشْتَرِي أعتقَ الأُمَّ، ولَمْ يُعْتِقِ الولدَ، ثُمَّ ادَّعاهُ البَائِعُ، والمسألةُ علىٰ حالِها؛ جازَتِ الدِّعْوةُ في الولدِ، ولَمْ تَجُزِ في الأُمِّ، وفُسِخَ البَيْعُ في الولدِ دونَ الأُمِّ، وكانَ [١٣٩/٦و/م] علىٰ البَائِعِ ردُّ حصةِ الولدِ مِنَ الثَّمَنِ إذا قُسِمَ الثَّمَنُ علىٰ قِيمَةِ الأُمِّ يومَ وقَعَ العَقْدُ، وعلىٰ قِيمَةِ الولدِ يومَ وُلِدَ»[2]. إلىٰ هنا لَفْظُ الكَرْخِيِّ. وقد ذَكَرْنا قبْلَ هذا روايةَ «**شرحِ الكافي**» و«**مبسوطِ خُوَاهَر زَادَه**» علىٰ [٢٢٣/١٢و/د] هذا الوجهِ.

وقالَ في «الكفايةِ»: «المُشْتَرِي إذا أعتقَ الأُمَّ، أوْ دبَّرَها لَا الولدَ؛ جازَتْ دِعْوةُ البَائِعِ، وفُسِخَ في حقِّ الولدِ دونَ الأُمِّ، وعلىٰ البَائِعِ حصةُ الولدِ إذا قُسِمَ الثَّمَنُ علىٰ قِيمَةِ الأُمِّ يومَ العَقْد، وقِيمَةِ الولدِ يومَ الولادةِ».

فعُلِمَ بهذا المجموعِ: أنَّ ما ذكرَه شمسُ الأئمةِ السَّرْخَسِيُّ فيهِ نَظَرٌ؛ لأنَّ الروايةَ أُثْبِتَتْ في الأصولِ بخلافِ ما قالَ، وإنَّما قاسَ هوَ إعْتَاقَ الأُمِّ علىٰ موتِها، ولكنِ الفرقُ بينَ الإِعْتَاقِ والموتِ: ذكَره خُوَاهَر زَادَه في «**مبسوطِهِ**»، وقدْ مضىٰ قبْلَ هذا.

وقولُه: لأنَّ عندَه لَا مَالِيَّةَ لأُمِّ الولدِ.

---

(١) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/٣٥٥ ـ ٣٥٦].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٩٦]، **الإيضاح شرح مختصر الكرخي للكرماني** [ق/٢١٦].

وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ الْأَصْلَ فِي هَذَا الْبَابِ الْوَلَدُ، وَالْأُمُّ تَابِعَةٌ لَهُ عَلَىٰ مَا مَرَّ.

وَفِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ قَامَ الْمَانِعُ مِنَ الدَّعْوَةِ وَالِاسْتِيلَادِ وَهُوَ الْعِتْقُ فِي التَّبَعِ وَهُوَ الْأُمُّ؛ فَلَا يَمْتَنِعُ ثُبُوتُهُ فِي الْأَصْلِ وَهُوَ الْوَلَدُ، وَلَيْسَ مِنْ ضَرُورَاتِهِ.

غاية البيان

قُلْتُ: سَلَّمْنا أنَّهُ لَا مَالِيَّةَ لأُمِّ الولدِ عندَ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه، ولكنْ إذا ثبتَتْ أُمِّيَّةُ الولدِ، ولَمْ تثْبتْ هيَ في صورةِ إِعْتَاقِ الْمُشْتَرِي الأُمَّ؛ لأنَّها ليسَتْ مِنْ ضروراتِ ثباتِ النَّسَبِ لجوازِ الانفصالِ، كما في ولدِ [٣٧٦/٢و] المغرورِ.

قولُه: (وَجْهُ الْفَرْقِ)، أي: بينهما إذا أعتقَ الْمُشْتَرِي الأُمَّ، ولَمْ يُعْتِقِ الولدَ، حيثُ تَكُونُ دعوىٰ البَائِعِ صحيحةً في حقِّ الولدِ خاصَّةً، وبينما إذا أعتقَ الْمُشْتَرِي الولدَ دونَ الأُمِّ، حيثُ تَبْطُلُ دعوىٰ البَائِعِ أصلًا؛ لأنَّ الولدَ هوَ الأصلُ في ثباتِ النَّسَبِ والأُمُّ تابعةٌ، فإذا كانَ الأصلُ باقيًا صحَّتِ الدِّعْوةُ.

ولَا عبرةَ بفواتِ البَيْعِ[1] بِالْإِعْتَاقِ، فَيُرَدُّ الولدُ بحِصَّتِه مِن الثَّمَنِ، ولا تُرَدُّ الأُمُّ رقيقًا؛ لأنَّها نالتْ أشرفَ الحالَيْنِ، فلَا تُرَدُّ إلىٰ أخسِّ الحالَيْنِ، بخلافِ ما إذا أُعْتِقَ الولدُ ثُمَّ ادَّعَىٰ البَائِعُ، حيثُ [٢٢٣/١٢ظ/د] لَا تَصِحُّ الدعوىٰ؛ لأنَّ الأصلَ فاتَ، ولا عبرةَ ببقاءِ البَيْعِ[2].

قولُه: (عَلَىٰ مَا مَرَّ)، إِشَارَةٌ علىٰ قولِه: (لِأَنَّ الْوَلَدَ هوَ الْأَصْلُ فِي النَّسَبِ).

قولُه: (وَفِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ)، أي: فيما أعتقَ الْمُشْتَرِي الأُمَّ لَا الولدَ.

قولُه: (وَلَيْسَ مِنْ ضَرُورَاتِهِ)، أي: ليسَ امتناعُ صحَّةِ الدِّعْوةِ في الولدِ مِن ضروراتِ عدمِ صحةِ الِاسْتِيلَادِ في الأُمِّ، أي: لَا يَلْزَمُ مِنْ عدمِ صحةِ الِاسْتِيلَادِ عدمُ ثباتِ النَّسَبِ؛ لجوازِ الانفصالِ كما في ولدِ المغرورِ، فإنَّه حُرٌّ بِالقِيمَةِ ثابتُ

---

(١) في «د»: التبع.

(٢) في «د»: التبع.

كَمَا فِي وَلَدِ الْمَغْرُورِ فَإِنَّهُ حُرٌّ، وَأُمُّهُ أَمَةٌ لِمَوْلَاهَا، وَكَمَا فِي الْمُسْتَوْلَدَةِ فِي النِّكَاحِ.

وَفِي الْفَصْلِ الثَّانِي قَامَ الْمَانِعُ بِالْأَصْلِ وَهُوَ الْوَلَدُ، فَيَمْتَنِعُ ثُبُوتُهُ فِيهِ وَفِي التَّبَعِ، وَإِنَّمَا كانَ الْإِعْتَاقُ مَانِعًا؛ لِأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ النَّقْضَ كَحَقِّ اسْتِلْحَاقِ النَّسَبِ وَحَقِّ الِاسْتِيلَادِ فَاسْتَوَيَا مِنْ هَذَا الْوَجْهِ، ثُمَّ الثَّابِتُ مِنَ الْمُشْتَرِي حَقِيقَةَ الْإِعْتَاقِ، وَالثَّابِتُ فِي الْأُمِّ حَقُّ الْحُرِّيَّةِ، وَفِي الْوَلَدِ لِلْبَائِعِ حَقُّ الدَّعْوَةِ، وَالْحَقُّ لَا يُعَارِضُ الْحَقِيقَةَ.

وَالتَّدْبِيرُ [٨٠/ظ] بِمَنْزِلَةِ الْإِعْتَاقِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ النَّقْضَ، ....

غاية البيان

النَّسَبِ مِن المستوْلِدِ، وأُمُّه أَمَةً تُباعُ في الأسواقِ.

قولُه: (وَكَمَا فِي الْمُسْتَوْلَدَةِ فِي النِّكَاحِ)، يَعْنِي [٦/١٣٩ظ/م]: إذا تَزوَّجَ جَارِيَةَ الغيرِ فولدَتْ لهُ، يَثْبُتُ نسبُ الولدِ، ولا تَثْبُتُ أُمِّيَّةُ الولدِ.

قولُه: (وَفِي الْفَصْلِ الثَّانِي قَامَ الْمَانِعُ بِالْأَصْلِ)، أرادَ بالفصلِ الثاني: ما إذا أعتقَ الْمُشْتَرِي الولدَ.

قولُه: (وَإِنَّمَا كانَ الْإِعْتَاقُ مَانِعًا)، أي: كانَ إِعْتَاقُ الْمُشْتَرِي الولدَ مانعًا مِن دِعْوةِ البَائِعِ الولدَ؛ لأنَّ الْإِعْتَاقَ لَا يَحْتَمِلُ النقضَ، ثُمَّ إِنَّ الْإِعْتَاقَ ـ كما لَا يَحْتَمِلُ النقضَ أيضًا ـ حقُّ استلحاقِ نسبِ الولدِ منَ البَائِعِ، وحقُّ استيلادِ البَائِعِ للأُمِّ.

(فَاسْتَوَيَا): أي: استوىٰ إِعْتَاقُ الْمُشْتَرِي الولدَ، وحقُّ البَائِعِ استلحاقًا واستيلادًا، ولكنْ ترجَّحَ جانبُ الْمُشْتَرِي؛ لأنَّ الثابتَ في حقِّه حقيقةُ الْإِعْتَاقِ، والثابتُ في حقِّ البَائِعِ حقُّ الاستلحاقِ وحقُّ الِاسْتِيلَادِ، فترجَّحَ [١٢/٢٢٤و/د] جانبُ الْمُشْتَرِي، فكانَ إعتاقُه مانعًا مِن دِعْوةِ البَائِعِ الولدَ؛ لأنَّ الحقيقةَ أقوىٰ مِن الحقِّ.

وَقَدْ ثَبَتَ بِهِ بَعْضُ آثَارِ الْحُرِّيَّةِ.

وَقَوْلُهُ فِي الْفَصْلِ الْأَوَّلِ: يُرَدُّ عليْهِ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ قَوْلُهُمَا، وَعِنْدَهُ: يُرَدُّ بِكُلِّ الثَّمَنِ، هوَ الصَّحِيحُ، كَمَا قُلْنَا فِي فَصْلِ الْمَوْتِ.

قَالَ: وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا وُلِدَ عِنْدَهُ، وَبَاعَهُ الْمُشْتَرِي مِنْ آخَرَ، ثُمَّ ادَّعَاهُ الْبَائِعُ؛ فَهُوَ ابْنُهُ وَيَبْطُلُ الْبَيْعُ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ يَحْتَمِلُ النَّقْضَ، وَمَا لَهُ مِنْ حَقِّ الدَّعْوَةِ لَا يَحْتَمِلُهُ

غاية البيان

قولُه: (وَقَدْ ثَبَتَ بِهِ بَعْضُ آثَارِ الْحُرِّيَّةِ)، أي: ثبَتَ بِالتَّدْبِيرِ عدمُ جوازِ النقلِ مِن مِلْكٍ إلىٰ مِلْكٍ بالبَيْعِ ونحوِه، وذلكَ مِنْ آثارِ الحُرِّيَّةِ.

قولُه: (وَقَوْلُهُ فِي الْفَصْلِ الْأَوَّلِ: يُرَدُّ عليْهِ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ قَوْلُهُمَا.

وَعِنْدَهُ: يُرَدُّ بِكُلِّ الثَّمَنِ، هوَ الصَّحِيحُ).

أرادَ بالفصلِ الأوَّلِ: ما إذا أعتقَ المُشْتَرِي الأُمَّ.

وبالفصلِ الثاني: إِعْتَاقَ المُشْتَرِي الولدَ، وقدْ ذهبَ صاحبُ «الهدايةِ» في هذا إلىٰ ما ذهبَ إليهِ شمسُ الأئمةِ السَّرْخَسِيُّ، وسمَّاه: الصحيحَ، ولكنْ هذا خلافُ ما نصَّ عليْهِ محمدٌ عن أبي حنيفة ﵁ في «الجامعِ الصغيرِ» وغيرِه، وقد مَرَّ آنفًا.

قولُه: (وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا وُلِدَ عِنْدَهُ، وَبَاعَهُ الْمُشْتَرِي مِنْ آخَرَ، ثُمَّ ادَّعَاهُ الْبَائِعُ [الْأَوَّلُ][1]؛ فَهُوَ ابْنُهُ وَيَبْطُلُ الْبَيْعُ)، أي: قالَ في «الجامع الصغير».

وصورتُها فيه: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﵁: في رَجُلٍ باعَ عبدًا وُلِدَ عندَه، ثُمَّ باعَه المُشْتَرِي مِن الآخَرِ، ثُمَّ ادَّعاهُ البَائِعُ الأولُ أنَّهُ ابنُه. قال: هذا ابنُه، وبطَلَ البَيْعُ أجمع»[2]، أي: بَطَلَ البَيْعُ الأولُ والثاني، وهذا استحسانٌ،

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٣٥٩].

فَيُنْقَضُ الْبَيْعُ لِأَجْلِهِ، وَكَذَلِكَ إِذَا كَاتَبَهُ، أَوْ رَهَنَهُ، أَوْ آجَرَهُ، أَوْ كَاتَبَ الْأُمَّ، أَوْ رَهَنَهَا، أَوْ زَوَّجَهَا، ثُمَّ كَانَتِ الدِّعْوَةُ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْعَوَارِضَ تَحْتَمِلُ النَّقْضَ فَيُنْقَضُ ذَلِكَ كُلُّهُ وَتَصِحُّ الدَّعْوَةُ، بِخِلَافِ الْإِعْتَاقِ وَالتَّدْبِيرِ عَلَىٰ مَا مَرَّ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا ادَّعَاهُ الْمُشْتَرِي أَوَّلًا، ثُمَّ ادَّعَاهُ الْبَائِعُ حَيْثُ لَا يَثْبُتُ النَّسَبُ مِنَ الْبَائِعُ؛ لِأَنَّ النَّسَبَ الثَّابِتَ مِنَ الْمُشْتَرِي لَا يَحْتَمِلُ النَّقْضَ فَصَارَ كَإِعْتَاقِهِ.

غاية البيان

والقياسُ: ألَّا تَصِحَّ دِعْوتُه، وهوَ قول زُفَرَ؛ لأنَّهُ مُناقِضٌ في كلامِه؛ لأنَّ إقدامَه علىٰ البَيْعِ إِقْرَارٌ بأنَّه عبْدٌ، فإذا ادَّعَىٰ أنَّهُ ابنُه؛ كانَ مُناقِضًا.

وَجْهُ الاستحسانِ: أنَّ صحةَ الدعوىٰ تَعْتَمِدُ علىٰ اتصالِ العُلُوقِ بمِلْكِه؛ لأنَّهُ دليلٌ ظاهرٌ علىٰ [١٢/٢٢٤ظ/د] كونِ الولد مِنَ الْمَوْلَىٰ؛ لأنَّ الظاهرَ عدمُ الزِّنَا، وقدْ وُجِدَ هنا ولادةُ الجَارِيَةِ في مِلْكِه، فكانَ أمرًا يُصَدِّقُه الظاهرُ [٢/٣٧٦ظ]، فيُقْبَلُ [٦/١٤٠و/م] قولُه ويُفْسَخُ البَيْعُ؛ لأنَّهُ مما يَحْتَمِلُ النقضَ، وحقُّ الدِّعْوةِ لَا يَحْتَمِلُ النقضَ، فكانَ أقوىٰ، فيُنْقَضُ البَيْعُ لأجْلِه.

وقولُه: «إنَّه مناقِضٌ»، لَا عِبْرَةَ بهِ؛ لأنَّ العُلُوقَ أمرٌ خفِيٌّ، والنَّسَبُ يُبْتَنَىٰ عليه، والتناقضُ في الأمرِ الخفِيِّ مَعْفُوٌّ، كما إذا اختلعَتِ المرأةُ، ثُمَّ أقامتْ البَيِّنَةَ أنَّ زَوْجَها كانَ طَلَّقَها ثلاثًا؛ تُقْبَلُ بيِّنتُها؛ لأنَّ المُسْتبِدَّ بالطلاقِ هوَ الزوجُ، وقدْ يُوقِعُه في غيبةِ المرأةِ فيخفَىٰ عليها، فلَا يَكُونُ إقدامُها علىٰ الخُلْعِ مانِعًا لصحَّةِ دعواها الطَّلَاق، وكذلك المُكَاتَبُ إذا أقامَ البَيِّنَةَ أنَّ مولاها كانَ أعتقَها؛ يُقْبَلُ ذلكَ منه، ولا يُحْمَلُ علىٰ التناقُضِ. كذا قالوا في شروح بيوع «**الجامعِ الصغيرِ**».

قولُه: (فَيُنْقَضُ الْبَيْعُ لِأَجْلِهِ)، أي: لأجْلِ مالِه مِن حقِّ الدِّعْوةِ.

قولُه: (**وَكَذَلِكَ إِذَا كَاتَبَهُ، أَوْ رَهَنَهُ، أَوْ آجَرَهُ، أَوْ كَاتَبَ الْأُمَّ، أَوْ رَهَنَهَا، أَوْ زَوَّجَهَا، ثُمَّ كَانَتِ الدِّعْوَةُ**)، **يَعْنِي**: إذا وُجِدَ دِعْوةُ البَائِعِ بعدَ وجودِ هذه الأشياءِ

قَالَ: وَمَنِ ادَّعَىٰ نَسَبَ أَحَدِ التَّوْأَمَيْنِ؛ ثَبَتَ نَسَبُهُمَا مِنْهُ؛ لِأَنَّهُمَا مِنْ مَاءٍ وَاحِدٍ، فَمِنْ ضَرُورَةِ ثُبُوتِ نَسَبِ أَحَدِهِمَا ثُبُوتُ نَسَبِ الْآخَرِ،؛ وَهَذَا لِأَنَّ التَّوْأَمَيْنِ وَلَدَانِ؛ بَيْنَ وِلَادَتِهِمَا أَقَلُّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، فَلَا يُتَصَوَّرُ عُلُوقُ الثَّانِي حَادِثًا؛ لِأَنَّهُ لَا حَبَلَ فِي أَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ.

وَفِي: «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: إذَا كانَ فِي يَدِهِ غُلَامَانِ تَوْأَمَانِ وُلِدَا عِنْدَهُ، فَبَاعَ أَحَدُهُمَا وَأَعْتَقَهُ الْمُشْتَرِي، ثُمَّ ادَّعَىٰ الْبَائِعُ الَّذِي فِي يَدِهِ؛ فَهُمَا ابْنَاهُ وَبَطَلَ عِتْقُ

ـــــ غاية البيان ـــــ

مِنَ الْمُشْتَرِي؛ يَصِحُّ ويُنْقَضُ هذه الأشياءُ؛ لأنَّها تَحْتَمِلُ النقضَ، بخلافِ ما إذا ادَّعَىٰ البَائِعُ بعدما اشْتَرَىٰ[1]، حيثُ لَا تَصِحُّ دِعْوةُ البَائِعِ؛ لأنَّ النَّسَبَ الثابتَ مِنَ المُشْتَرِي لَا يَحْتَمِلُ النقضَ.

وبخلافِ ما إذا ادَّعَىٰ بعدمَا أعتقَ المشترىٰ أوْ دَبَّرَهُ؛ لأنَّ الولاءَ الثابتَ مِن المُشْتَرِي لَا يَحْتَمِلُ [١٢/٢٢٥و/د] النقضَ، وإنَّما ذكرَ هذه المسائلَ ـ وهيَ مسائلُ «المبسوطِ» ـ تفريعًا علىٰ مسألةِ «الجامعِ الصغيرِ».

قولُه: (قَالَ: وَمَنِ ادَّعَىٰ نَسَبَ أَحَدِ التَّوْأَمَيْنِ؛ ثَبَتَ نَسَبُهُمَا مِنْهُ)، أي: قالَ **القُدُورِيُّ في «مختصرِهِ»**[2]، وذلكَ لأنَّهما حمْلٌ واحدٌ، فثبوتُ نسبِ أحدِهما شاهدٌ علىٰ نسبِ الآخرِ.

قولُه: (وَفِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: إذَا كانَ فِي يَدِهِ غُلَامَانِ تَوْأَمَانِ)... إلىٰ آخرِه.

وصورتُها فيه: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﵃: في رَجُلٍ في يدِه غلامانِ توأمانِ وُلِدا في مِلْكِه، فباعَ أحدَهما، فأعتَقَه المُشْتَرِي، ثُمَّ ادَّعَىٰ البَائِعُ

---

(١) في «د»: ادعىٰ المشتري.

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢١٨].

الْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّهُ لَمَّا ثَبَتَ نَسَبُ الْوَلَدِ الَّذِي عِنْدَهُ لِمُصَادَفَةِ الْعُلُوقِ وَالدَّعْوَةِ مَلَكَهُ؛ إِذِ الْمَسْأَلَةُ مَفْرُوضَةٌ فِيهِ ثَبَتَ بِهِ حُرِّيَّةُ الْأَصْلِ فِيهِ فَيَثْبُتُ نَسَبُ الْآخَرِ، وَحُرِّيَّةُ الْأَصْلِ فِيهِ ضَرُورَةٌ لِأَنَّهُمَا تَوْأَمَانِ، فَتَبَيَّنَ أَنَّ عِتْقَ الْمُشْتَرِي وَشِرَاءَهُ لَاقَى حُرِّيَّةَ الْأَصْلِ فَبَطَلَ بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْوَلَدُ وَاحِدًا؛ لِأَنَّ هُنَاكَ يَبْطُلُ الْعِتْقُ فِيهِ

غاية البيان

الغُلَامَ الذي عندَه أَنَّهُ ابنُه. قال: هما ابناه، وانتقضَ عِتْقُ المُشْتَرِي»[1]. إلىٰ هنا لَفْظُ أصلِ «**الجامعِ الصغيرِ**».

أَمَّا صحَّةُ الدعوىٰ في الذي عندَه: فلأَنَّها وُجِدَتْ في مِلْكٍ قائمٍ في وَقْتِ الدِّعْوةِ والعُلُوقِ جميعًا، فصَحَّتْ، فلَمَّا صحَّتْ فيهِ صحَّتْ في الذي أعتَقَه المُشْتَرِي؛ لأَنَّهما توأمانِ لَا يُتَصَوَّرُ أحدُهما أن يَكُونَ مِن مائِه، والآخرُ مِن ماءِ غيرِه، فانتقضَ البَيْعُ فيه، وبَطَلَ إِعْتَاقُ المُشْتَرِي ضَرُورَةَ ثبوتِ الحُرِّيَّةِ الأصليةِ فيه [٦/١٤٠ظ/م]، وهذا لأَنَّه لَمَّا بَطَلَ البَيْعُ بعدَ ثبوتِ النَّسَبِ؛ لأَنَّهُ باعَ ابنَه بَطَلَ إِعْتَاقُ المُشْتَرِي أيضًا ضَرُورَةً؛ لأَنَّهُ كانَ حُرَّ الأصلِ.

بخلافِ ما إذا كانَ الولدُ واحدًا، فباعَه وأعتَقَه المُشْتَرِي، ثُمَّ ادَّعاهُ البَائِعُ؛ لَا [١٢/٢٢٥ظ/د] يَبْطُلُ إِعْتَاقُ المُشْتَرِي؛ لأَنَّهُ لوْ بَطَلَ لبطَلَ مقصودًا لحقِّ دِعْوةِ البَائِعِ، فلَا يَجُوزُ إبطالُه مقصودًا؛ لأَنَّ العِتْقَ لَا يَقْبَلُ الفَسْخَ، بخلافِ ما نحنُ فيه، فإنَّ بطلانَ إِعْتَاقِ المُشْتَرِي ثبَتَ ضَرُورَةَ حريةِ الأصلِ ضِمْنًا وتبعًا، لَا مقصودًا، فكمْ مِن شيءٍ يَثْبُتُ ضِمْنًا، ولا يَثْبُتُ قصْدًا.

قالَ في «المغربِ»: «التَّوْأَمُ: اسْمٌ للولدِ إذا كانَ معهُ آخرُ في بطْنٍ واحدٍ، ويُقَالُ: هما توأمانِ، كما يُقَالُ: هما زَوْجانِ، وقولُهم: هما تَوْأَمٌ، وهما زَوْجٌ: خطأٌ»[2].

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤١٣ ـ ٤١٤].

(٢) ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزي [١٠٠/١].

مَقْصُودًا لَحِقِّ دَعْوَةِ الْبَائِعِ، وَهُنَا ثَبَتَ تَبَعًا لِحُرِّيَّتِهِ فيهِ حُرِّيَّةُ الْأَصْلِ فَافْتَرَقَا.

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَصْلُ الْعُلُوقِ فِي مِلْكِهِ؛ ثَبَتَ نَسَبُ الْوَلَدِ الَّذِي عِنْدَهُ، وَلَا يُنْقَضُ الْبَيْعُ فِيمَا بَاعَ؛ لِأَنَّ هَذِهِ دَعْوَةُ تَحْرِيرٍ؛ لِانْعِدَامِ شَاهِدِ الِاتِّصَالِ [٨١/و] فَيَقْتَصِرُ عَلَىٰ مَحِلِّ وِلَايَتِهِ.

غاية البيان

قولُه: (وَهُنَا ثَبَتَ تَبَعًا لِحُرِّيَّتِهِ فيهِ حُرِّيَّةِ الْأَصْلِ)، يَعْنِي: فيما نحنُ فيهِ ثَبَتَ بطلانُ إِعْتَاقِ المُشْتَرِي لَا مقصودًا، بلْ تبعًا لثبوتِ الحُرِّيَّةِ الأصليةِ الثابتةِ في الذي باعَه، فعلَىٰ هذا يَكُونُ إعرابُ (حُرِّيَّةِ الْأَصْلِ): مجرورًا علىٰ البدلِ مِن قولِه: (لِحُرِّيَّتِهِ)، ويَجُوزُ أنْ يَكُونَ منصوبًا علىٰ الاختصاصِ بسبيلِ المدحِ، بتأويلِ: أَعْنِي.

قولُه: (فَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَصْلُ الْعُلُوقِ فِي مِلْكِهِ؛ ثَبَتَ نَسَبُ الْوَلَدِ الَّذِي عِنْدَهُ، وَلَا يُنْقَضُ الْبَيْعُ فِيمَا بَاعَ)؛ لأنَّ هذه دِعْوةُ تحريرٍ [٢/٣٧٧و] لانعدامِ شاهدِ الاتصالِ، وهوَ اتصالُ العُلُوقِ في المِلْكِ.

قالَ شيخُ الإسلام علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ في «**شرحِ الكافي**» للحاكمِ الشهيدِ: «وإذا ولدَتْ أَمَةُ الرَّجُلِ ولديْنِ في بطنٍ واحدٍ، ولَمْ يَكُنْ أصلُ الحَبَلِ عندَه، فباعَ أحدَهما وأعتقَه المُشْتَرِي، ثُمَّ ادّعاهما البَائِعُ فهما ابناه، ولا يُنْقَضُ البَيْعُ ولا عِتْقُ المُشْتَرِي.

أَمَّا ثباتُ النَّسَبِ: فلأنّه لَمَّا ثبَتَ نسبُ أحدِهما؛ ثبَتَ نسبُ [١٢/٢٢٦و/د] الثاني ضَرُورَةَ أنَّ أحدَهما لَا يَقْبَلُ الفصلَ عنِ الآخرِ.

وأَمَّا عدمُ انتقاضِ البَيْعِ: فلأنَّه حدثَ في المحلِّ ما يَمْنَعُ الانتقاضَ، وهوَ الحُرِّيَّةُ؛ لأنَّهُ تعذَّرَ إثباتُ الحُرِّيَّةِ بطريقِ التبعيَّةِ مع ثبوتِها بجهةِ الأصالةِ، فلَمْ يظْهَرْ فيهِ أحكامُ العتقِ بطريقِ التبعِيَّةِ، فلَا يُنْقَضُ البَيْعُ فيهِ». وبَاقِي التفريعاتِ تُعْرَفُ في «**المبسوطِ**» في بابِ دِعْوةِ التوْأَمِ.

قَالَ: وَإِذَا كانَ الصَّبِيُّ فِي يدِ رَجُلٍ، قَالَ: هوَ ابْنُ عَبْدِي الْغَائِبِ، ثُمَّ قالَ: هوَ ابْنِي، لَمْ يَكُنِ ابْنَهُ أَبدًا، وَإِنْ جَحَدَ الْعَبْدُ أَنْ يَكُونَ ابْنَهُ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَا: إِذَا جَحَدَ الْعَبْدُ فَهُوَ ابْنُ الْمَوْلَىٰ، وَعَلَىٰ هَذَا الْخِلَافِ إِذَا قَالَ: هُوَ ابْنُ فُلَانٍ وُلِدَ عَلَىٰ فِرَاشِهِ ثُمَّ ادَّعَاهُ لِنَفْسِهِ.

غاية البيان

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا كانَ الصَّبِيُّ في يدِ رَجُلٍ، قَالَ: هوَ ابْنُ عَبْدِي الْغَائِبِ، ثُمَّ قَالَ: هوَ ابْنِي، لَمْ يَكُنِ ابْنَهُ أَبَدًا، وَإِنْ جَحَدَ الْعَبْدُ أَنْ يَكُون ابْنَهُ)، أي: قالَ في «الجامعِ الصغيرِ».

وصورتُها فيه: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنهم: في الصَّبِيِّ يَكُونُ في يَدَي [٦/١٤١و/م] الرَّجُلِ، قالَ: هوَ ابنُ عبدي الغائبِ، ثُمَّ يَقُولُ: هوَ ابني، قالَ: لَا يَكُونُ ابنه أبدًا، وقالَ يعقوبُ ومحمدٌ رضي الله عنهما: إذا جَحَدَ العبدُ أنْ يَكُونَ ابنَه؛ كانَ ابنَ الْمَوْلَىٰ»[1]. إلىٰ هنا لفْظُ «أصلِ الجامعِ الصغيرِ».

قال صاحبُ «الهدايةِ»: (عَلَىٰ هَذَا الْخِلَافِ إِذَا قَالَ: هوَ ابْنُ فُلَانٍ، وُلِدَ عَلَىٰ فِرَاشِهِ، ثُمَّ ادَّعَاهُ لِنَفْسِهِ)، وهذهِ مِنْ مسائلِ «المبسوطِ» ذكَرها تفريعًا.

قالوا في «شروحِ الجامعِ الصغيرِ»: وتفسيرُ المسألةِ: رَجُلٌ في يديه صبيٌّ، وُلِدَ في يديه، وهوَ يَبيعُه، فلَا يأمَنُ المُشْتَرِي أنْ يَدَّعِيَه [١٢/٢٢٦ظ/د] البائعُ يومًا، فيُقِرُّ بالنسبِ لعَبْدِه الغائبِ خوفًا مِنَ انتقاضِ البَيْعِ، فإنَّ هذا يَكُونُ مخرَجًا عندَ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه؛ لأنَّ الغائبَ إنْ صَدَّقه أنَّهُ ابنُه، أوْ كَذَّبه، أوْ لَمْ يُعْرَفْ منهُ تصديقٌ ولا تكذيبٌ؛ لَمْ تَصِحَّ دِعْوةُ المُقِرِّ عندَه بحالٍ.

وعندَهما: إذا صدَّقَ الغائبَ، أوْ لَمْ يُعْرَف منه تصديقٌ ولا تكذيبٌ؛ لَمْ تَصِحَّ دِعْوةُ المُقِرِّ، أمَّا إذا كذَّبَ الغائبَ؛ تَصِحُّ دِعْوةُ المُقِرِّ عندَهم، وهوَ موضعُ

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤١٣].

لَهُمَا: أَنَّ الْإِقْرَارَ ارْتَدَّ بِرَدِّ الْعَبْدِ فَصَارَ كَأَنْ لَمْ يَكُنِ الْإِقْرَارُ، وَالْإِقْرَارُ بِالنَّسَبِ يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يَحْتَمِلُ النَّقْضَ؛ أَلَا يَرَىٰ أَنَّهُ يَعْمَلُ فِيهِ الْإِكْرَاهُ وَالْهَزْلُ، فَصَارَ كَمَا إِذَا أَقَرَّ الْمُشْتَرِي عَلَىٰ الْبَائِعِ بِإِعْتَاقِ الْمُشْتَرَىٰ، فَكَذَّبَهُ الْبَائِعُ ثُمَّ قَالَ: أنا أَعْتَقْتُهُ؛ يَتَحَوَّلُ الْوَلَاءُ إِلَيْهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا صَدَّقَهُ؛ لِأَنَّهُ يَدَّعِي بَعْدَ ذَلِكَ نَسَبًا ثَابِتًا مِنَ الْغَيْرِ.

غاية البيان

الخلافِ، وإنما لَمْ تَصِحَّ دِعْوةُ المُقِرِّ في الصورتيْنِ الأُولَيَيْنِ؛ لأنَّ المُقِرَّ أوجبَ للغائبِ حقَّ التصديقِ، فليسَ لهُ أنْ يُبْطِلَ حقَّه.

فأمَّا في الصورةِ الثالثةِ: فوجْهُ قولِهما: أنَّ إِقْرَارَ الْمَوْلَىٰ بَطَلَ بتكذيبِ الغائبِ، فصارَ وجودُه وعدمُه بمنزلةٍ، ولوِ انعدمَ الإِقْرَارُ أصلًا، صحَّتْ دِعْوةُ الْمَوْلَىٰ، فكذا هذا، وإنما يَبْطُلُ الإِقْرَارُ بالنسبِ؛ لأنَّهُ مما يرتدُّ بِالرَّدِّ وإنْ لَمْ يَقْبَلُ النَّسَبُ الفَسْخَ.

والدليلُ علىٰ ذلكَ: أنَّ الإكراهَ والهَزْلَ يعْمَلانِ فيهِ، ألا ترىٰ أنَّهُ لوْ أُكْرِهَ علىٰ الإِقْرَارِ ببُنُوَّةِ عبْدِه، فأقَرَّ؛ لَا يَجُوزُ.

ونظيرُه: مَنِ اشْتَرَىٰ عبدًا فأقَرَّ أنَّ البَائِعَ كانَ أعتَقَه، فكذَّبَه البَائِعُ، ثُمَّ قالَ المُشْتَرِي: أنا أعتقتُه، يَتَحَوَّلُ الْوَلَاءُ إليه، بخلافِ صورةِ التصديقِ، حيثُ لَا تَصِحُّ دِعْوةُ الْمَوْلَىٰ؛ لأنَّهُ ادَّعَىٰ نسبًا ثابتًا مِنَ الغيرِ.

وبخلافِ ما إذا [١٢/٢٢٧و/د] لَمْ يُعْرَفْ التصديقُ والتكذيبُ؛ لأنَّهُ تعلَّقَ بالإقرارِ حقُّ الغيرِ، فلَا يَجُوزُ إبطالُه، كمَنْ نفىٰ ولدَ المَنْكُوحَةِ، ولاعَنَ القاضي بينهما؛ لَا تَصِحُّ دِعْوةُ نسبِه مِنَ الغيرِ؛ لأنَّ حقَّ المُلاعِنِ مُتعَلِّقٌ بهِ، ألا ترىٰ أنَّ لهُ أنْ يُكذِّبَ نفسَه، فتَصِحُّ دِعْوتُه.

وَجْهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: أنَّ الإِقْرَارَ بالنسبِ مِنَ الغيرِ إِقْرَارٌ بما لَا يَحْتَمِلُ النقضَ، فلَا يَصِّحُ دِعْوةُ المُقِرِّ بعدَ ذلكَ، وإنَّما قلْنا: أنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ النقضَ؛ لأنَّ

وَبِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يُصَدِّقْهُ وَلَمْ يُكَذِّبْهُ؛ لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْمُقِرِّ لَهُ عَلَىٰ اعْتِبَارِ تَصْدِيقِهِ، فَيَصِيرُ كَوَلَدِ الْمُلَاعَنَةِ، فَإِنَّهُ لَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْ غَيْرِ الْمُلَاعِنِ؛ لِأَنَّ لَهُ أَنْ يُكَذِّبَ نَفْسَهُ.

غاية البيان

في زَعْمِ المُقرِّ [٣٧٧/٢ظ] أَنَّهُ ثابتُ النَّسَبِ مِنَ الغيرِ، والنَّسَبُ إذا ثبَتَ لَا يَنْتَقِضُ بالجحودِ والتكذيبِ، ولهذا لوْ عادَ المُقَرُّ لهُ إلىٰ تصديقِه؛ جازَ وثبَتَ النَّسَبُ منه، فصارَ كالذي لَمْ يُصَدِّقْه [٦/١٤١ظ/م] ولَمْ يُكَذِّبْه؛ كمنْ أَقَرَّ بحريةِ عبْدِ إنسانٍ، وكَذَّبَه الْمَوْلَىٰ؛ فلَا يَبْطُلُ إقرارُه حتىٰ لوِ اشتراه بعَد ذلكَ يَعْتِقُ عليه، ولا يَلْزَمُ علىٰ هذا إذا أَقَرَّ بمالٍ فردَّ المُقَرُّ لهُ ثُمَّ ادَّعاهُ؛ لأنَّ الأملاكَ تنْفَسِخُ بِالرَّدِّ، فيَبْطُلُ الإِقْرَارُ، ولَمْ يَبْقَ إلَّا حقُّ المُقِرِّ، فجازَ أنْ يدَّعِيَ.

أَوْ نَقُولُ: أَنَّهُ أَقَرَّ بثبوتِ نسبِه مِنَ الغيرِ، وإقرارُه إنْ لَمْ يَصْلُحْ حُجةً علىٰ الغيرِ، يَصْلُحُ حُجةً في حقِّ المُقِرِّ، فصارَ النَّسَبُ ثابتًا فيما يَرْجِعُ إلىٰ زعْمِ المُقِرِّ، وثباتُ النَّسَبِ مِنَ الغيرِ يَمْنَعُ صحةَ الدعوىٰ.

بخلافِ ما إذا قالَ: ليسَ هوَ ابني، ثُمَّ ادَّعاهُ؛ تُقْبَل دعواهُ؛ لأَنَّهُ لَمْ يُقِرَّ بثبوتِ نسبِه مِنَ الغيرِ، فإذا ادَّعاهُ تُقْبَلُ دعواهُ [١٢/٢٢٧ظ/د]؛ لأنَّ الإنسانَ قدْ لَا يدَّعِي [الولدَ][1] لريبةٍ، فإذا زالتِ الرِّيبةُ؛ عادَ إلىٰ الدعوىٰ، أمَّا حمْلُ النَّسَبِ علىٰ الغيرِ لَا يَكُونُ إلَّا إذا تيَقَّنَ أَنَّهُ ليسَ منه، فإذا قالَ بعدَ ذلكَ: هذا منِّي؛ لَمْ يُقْبَلْ.

قالَ فخرُ الإسلامِ رحمه الله **في «شرحِ الجامعِ الصغيرِ»:** «وكذلكَ مَنْ شَهِدَ علىٰ رَجُلٍ بِنسَبِ صغيرٍ، فَرُدَّتْ شَهادَتُه بعُذْرٍ، ثُمَّ ادَّعاه الشَّاهِدُ؛ لَمْ يَصِحَّ».

وكذلكَ أَوْرَدَ صاحبُ «الهدايةِ» هذه المسألةَ حُجةً عليهما، ولكنْ لقائلٍ أنْ يَقُولَ: فيهِ نَظَرٌ؛ لأنَّ ذلكَ قولُ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه **لَا قولُهما، ألا ترىٰ إلىٰ ما ذكَرَ شيخُ**

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: النسخة الأم «د»، و«ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ النَّسَبَ مِمَّا لَا يَحْتَمِلُ النَّقْضَ بَعْدَ ثُبُوتِهِ، **وَالْإِقْرَارُ بِمِثْلِهِ لَا يَرْتَدُّ** بِالرَّدِّ فَبَقِيَ فَيَمْتَنِعُ دَعْوَتُهُ، كَمَنْ شَهِدَ عَلَىٰ رَجُلٍ بِنَسَبِ صَغِيرٍ فَرُدَّتْ شَهَادَتُهُ لِتُهْمَةٍ ثُمَّ ادَّعَاهُ لِنَفْسِهِ، **وَهَذَا؛ لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْمُقَرِّ لَهُ**[1]، حَتَّىٰ لَوْ صَدَّقَهُ بَعْدَ التَّكْذِيبِ يَثْبُتُ النَّسَبُ مِنْهُ، وَكَذَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْوَلَدِ فَلَا يَرْتَدُّ بِرَدِّ الْمُقِرِّ لَهُ. وَمَسْأَلَةُ الْوَلَاءِ عَلَىٰ هَذَا الْخِلَافِ، **وَلَوْ سُلِّمَ** فَالْوَلَاءُ

غاية البيان

الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ في «**شرحِ الكافي**» بقولِه: «وعلىٰ هذا الخلافِ إذا شَهِدَ أَنَّهُ ابنُ فلانٍ، لَمْ تُقْبَلْ هذه الشَّهَادَةُ، ثُمَّ ادَّعاهُ لنفسِه؛ لَا يُقْبَلُ عندَ أبي حَنِيفَةَ خلافًا لهما». إلىٰ هنا لَفْظُ شيخِ الإسلامِ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وأمَّا مسألةُ الْوَلَاءِ: فعلىٰ الاختلافِ، وليستْ بحجةٍ علىٰ أبي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ؛ لأَنَّهُ لَا يتَحَوَّلُ الْوَلَاءُ عندَه، ألا ترىٰ إلىٰ ما ذكرَ الحاكمُ الشهيدُ في كتابِ الْوَلَاءِ في بابِ الإِقْرَارِ بالولاءِ: «وإنْ أَقَرَّ أَنَّ فلانًا أعتقَه، فقالَ فلانٌ: ما أعتقتُك، ولَا أَعْرِفُكَ، ولا أنتَ مولاي، فأَقَرَّ أَنَّهُ مَوْلَىٰ آخرَ؛ لَمْ يَجُزْ ذلكَ في قولِ أبي حَنِيفَةَ، بمنزلةِ النَّسَبِ لوْ أَقَرَّ أَنَّهُ مِنْ فلانٍ، ثُمَّ أرادَ أنْ[2] يُنْسَبَ إلىٰ آخرَ، وفي قولِ أبي يوسفَ: يَجُوزُ ذلك»[3]. إلىٰ هنا لَفْظُ الحاكمِ في «**كافيه**».

قولُه: (وَالْإِقْرَارُ بِمِثْلِهِ [١٢/٢٢٨و/د] **لَا يَرْتَدُّ)**، أي: بمِثْلِ النَّسَبِ الثابتِ.

قولُه: (وَهَذَا لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْمُقَرِّ لَهُ)، إِشَارَةٌ إلىٰ قولِه: **(لَا يَحْتَمِلُ النَّقْضَ)**.

قولُه: (وَلَوْ سُلِّمَ...). إلىٰ آخرِه.

---

(١) زاد بعده في (ط): «علىٰ اعْتِبَار تصديقه».

(٢) وقع بالأصل: «أنه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «مختصر الكافي» للحاكم الشهيد [١/ق١٤٦/ب/ مخطوط فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٩٢٢)].

(٣) ينظر: «مختصر الكافي» للحاكم الشهيد [١/ق١٤٦/ب/ مخطوط فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٩٢٢)].

قَدْ يَبْطُلُ بِاعْتِرَاضِ الْأَقْوَىٰ كَجَرِّ الْوَلَاءِ مِنْ جَانِبِ الْأُمِّ إِلَىٰ قَوْمِ الْأَبِ.

وَقَدِ اعْتَرَضَ عَلَىٰ الْوَلَاءِ الْمَوْقُوفِ مَا هُوَ أَقْوَىٰ؛ وَهُوَ دَعْوَىٰ الْمُشْتَرِي فَيَبْطُلُ بِهِ، بِخِلَافِ النَّسَبِ عَلَىٰ مَا مَرَّ. وَهَذَا يَصْلُحُ مَخْرَجًا عَلَىٰ أَصْلِهِ فِيمَنْ يَبِيعُ الْوَلَدَ وَيَخَافُ عَلَيْهِ الدَّعْوَةَ بَعْدَ ذَلِكَ، فَيَقْطَعُ دَعْوَاهُ إِقْرَارُهُ بِالنَّسَبِ لِغَيْرِهِ.

قَالَ: وَإِذَا كانَ الصَّبِيُّ فِي يدِ مُسْلِمٍ وَنَصْرَانِيٍّ، ....

غاية البيان

يَعْنِي: لَا نُسَلِّمُ أَنَّ مسألةَ الْوَلَاءِ على الاتفاقِ حتىٰ يَكُونَ ذلكَ حُجةً علىٰ أبي حَنِيفَةَ ﵁، بلْ هيَ علىٰ الخلافِ ذكرَه في كتابِ الْوَلَاءِ.

وَلَئِنْ سَلَّمْنَا أنَّها علىٰ الاتفاقِ [٦/١٤٢و/م] فنَقُولُ: بينَ الْوَلَاءِ وبينَ النَّسَبِ فرْقٌ، وهوَ أنَّ الْوَلَاءَ يَبْطُلُ باعتراضِ ما هوَ الأقوىٰ كما في جَرِّ الْوَلَاءِ.

أَلَا ترىٰ إلىٰ ما ذكرَ الحاكمُ في «كتابِ الْوَلَاءِ»: «وإذا تزَوَّجَ العبدُ حُرَّةً، فولدَتْ لهُ أولادًا، فأولادُها موالي لمولىٰ الأُمِّ، معتَقةً كانَتْ أوْ موالاةً، فمتىٰ ما أُعْتِقَ أبوهم، جَرَّ ولاءَهم إلىٰ مولاه، وقدِ اعترضَ هنا على الْوَلَاءِ المَوْقُوفِ - وهو ولاءُ البَائِع - ما هوَ أقوىٰ منه، وهوَ دِعْوةُ الْمُشْتَرِي، فبَطَلَ الْوَلَاءُ، فالنَّسَبُ لَا يَجُوزُ نقْضُه بعدَ ثبوتِه، فلَمْ يَبْطُلْ، فلَمْ تَصِحَّ دِعْوةُ الْمَوْلَىٰ بعدَ إقرارِه أنَّهُ ابنُ عبْدِه»[1].

قولُه: (عَلَىٰ مَا مَرَّ)، إِشَارَةٌ إلىٰ قولِه: (أَنَّ النَّسَبَ مِمَّا لَا يَحْتَمِلُ النَّقْضَ).

قولُه: (وَهَذَا يَصْلُحُ مَخْرَجًا عَلَىٰ أَصْلِهِ)، أي: إِقْرَارُ البَائِعِ بنسبِ عبْدِه الذي يَبِيعُه لعبْدِه الغائبِ؛ يَصْلُحُ مخرَجًا علىٰ أصلِ أبي حَنِيفَةَ ﵁، أي: حِيلةً ومخْلَصًا مِن دِعْوةِ البَائِعِ؛ لأنَّهُ لَا تَصِحُّ عندَه علىٰ جميعِ التقاديرِ.

[١٢/٢٢٨ظ/د] قولُه [٢/٣٧٨و]: (قَالَ: وَإِذَا كانَ الصَّبِيُّ في يدِ مُسْلِمٍ وَنَصْرَانِيٍّ،

(١) ينظر: «مختصر الكافي» للحاكم الشهيد [١/ق١٤٦/ب/ مخطوط فيض الله أفندي - تركيا/ (رقم الحفظ: ٩٢٢)].

فقالَ النَّصْرَانِيُّ: هوَ ابْنِي، وقالَ الْمُسْلِمُ: هوَ عَبْدِي؛ فَهُوَ ابْنُ النَّصْرَانِيِّ، وهوَ حُرٌّ؛ لِأَنَّ الْإِسْلَامَ مُرَجِّحٌ فَيَسْتَدْعِي تَعَارُضًا، وَلَا تَعَارُضَ؛ لِأَنَّ نَظَرَ الصَّبِيِّ فِي هَذَا أَوْفَرُ؛ لِأَنَّهُ يَنَالُ شَرَفَ الْحُرِّيَّةِ حَالًا، وَشَرَفَ الْإِسْلَامِ مَآلًا، إذْ [٨١/ظ] دَلَائِلُ الْوَحْدَانِيَّةِ ظَاهِرَةٌ، وَفِي عَكْسِهِ الْحُكْمُ بِالْإِسْلَامِ تَبَعًا وَحِرْمَانُهُ عَنِ الْحُرِّيَّةِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي وِسْعِهِ اكْتِسَابُهَا، وَلَوْ كانَتْ دِعْوَتُهُمَا دِعْوَةَ الْبُنُوَّةِ؛ فَالْمُسْلِمُ أَوْلَىٰ

غاية البيان

فقالَ النَّصْرَانِيُّ: هوَ ابْنِي، وقالَ الْمُسْلِمُ: هوَ عَبْدِي؛ فَهُوَ ابْنُ النَّصْرَانِيِّ، وهوَ حُرٌّ)، أي: قالَ في «الجامع الصغير»[1]، وذلكَ لأنَّ في دعوىٰ أحدِهما رِقًّا، وفي الآخرِ حريةً، وهي الأنفعُ للصَّبِيِّ، وأقوىٰ مِن الرِّقِّ، فكانتْ دعوىٰ الحُرِّيَّةِ أَوْلَىٰ، ولأنَّ دِعْوةَ الرِّقِّ مقتصرةٌ علىٰ الحالِ، ودعوىٰ الحُرِّيَّةِ والنَّسَبِ مستندةٌ إلىٰ حالٍ متقدِّمٍ، والسبقُ مِنْ أسبابِ الترجيحِ، فكانَ دعوىٰ النَّسَب أَوْلَىٰ.

لا يُقَالُ: يَنْبَغِي أنْ تَكُونَ دعوىٰ المسلمِ مترجِّحةً بالإسلامِ، كما إذا ادَّعَىٰ كلُّ واحدٍ منهما أنَّهُ ابنُه.

لِأَنَّا نَقُولُ: لَا بُدَّ للترجيحِ مِنَ المعارَضةِ بينَ الدعوتيْنِ، والمعارضةُ بينهما إنَّما تَكُونُ إذا استوَتَا، ولا مساواةَ بينهما؛ لأنَّ مَنْفَعَةَ الحُرِّيَّةِ أكثرُ وأنظَرُ للصَّبِيِّ؛ لأنَّهُ يَمْلِكُ اكتسابَ الإسلامِ بنفسِه، ولا يَمْلِكُ اكتسابَ الحُرِّيَّةِ بنفسِه ما لَمْ يُعْتِقْه الْمَوْلَىٰ، فلَمَّا انتفَتِ المعارَضةُ لعدمِ المساواةِ؛ لَمْ يتأَتَّ الترجيحُ، بخلافِ ما إذا ادَّعَيا نسبَه، حيثُ يترجَّحُ بالإسلامِ؛ لأنَّهما استوَيا في الدعوىٰ.

قولُه: (لِأَنَّ الْإِسْلَامَ مُرَجِّحٌ)، بكَسْرِ الجيمِ.

قولُه: (وَلَوْ كانَتْ [١٢/٢٢٩و/د] دِعْوَتُهُمَا دِعْوَةَ الْبُنُوَّةِ؛ فَالْمُسْلِمُ أَوْلَىٰ)، وهذا عندَنا.

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤١٤].

تَرْجِيحًا لِلْإِسْلَامِ وَهُوَ أَوْفَرُ النَّظَرَيْنِ.

قَالَ: وَإِذَا ادَّعَتِ امْرَأَةٌ صَبِيًّا أَنَّهُ ابْنُهَا؛ لَمْ تَجُزْ دَعْوَاهَا حَتَّىٰ تَشْهَدَ امْرَأَةٌ عَلَى الْوِلَادَةِ، وَمَعْنَى الْمَسْأَلَةِ أَنْ تَكُونَ الْمَرْأَةُ ذَاتُ زَوْجٍ؛ لِأَنَّهَا تَدَّعِي تَحْمِيلَ النَّسَبِ عَلَى الْغَيْرِ فَلَا تُصَدَّقْ إِلَّا بِحُجَّةٍ، بِخِلَافِ الرَّجُلِ؛ لِأَنَّهُ يُحَمِّلُ نَفْسَهُ النَّسَبَ، ثُمَّ شِهَادَةُ الْقَابِلَةِ كَافِيَةٌ فِيهَا؛ لِأَنَّ الْحَاجَةَ إِلَى تَعْيِينِ الْوَلَدِ.

غاية البيان

وقالَ زُفَرُ: يستويانِ. وقالَ الشَّافِعِيُّ رضي الله عنه: يُحَكَّمُ القائفُ[1]. كذا ذكرَ شيخُ الإسلامِ خُوَاهَر زَادَه في «**مبسوطِهِ**»، والمسألةُ عُرِفَتْ في «**المختلفِ**»[2].

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا ادَّعَتِ امْرَأَةٌ صَبِيًّا أَنَّهُ ابْنُهَا؛ لَمْ تَجُزْ دَعْوَاهَا حَتَّىٰ تَشْهَدَ امْرَأَةٌ عَلَى الْوِلَادَةِ)، أي: قالَ في «**الجامعِ الصغيرِ**»[3].

قالَ صاحبُ «**الهدايةِ**» وغيرُه: (**وَمَعْنَى الْمَسْأَلَةِ: أَنْ** [٦/١٤٢ظ/م] **تَكُونَ الْمَرْأَةُ ذَاتَ زَوْجٍ**)، وأنكرَ الزوجُ ذلكَ؛ لأنَّها قصدتْ إِلْزَامَ النَّسَبِ على الزوجِ، وسببُ لزومِ النَّسَبِ وإنْ كانَ قائمًا، وهوَ النِّكَاحُ، ولكنِ الحاجةُ إلى إثباتِ الولادةِ والنِّكاحِ لَا يُوجِبُ الولادةَ لَا محالةَ، ولا تَثْبُتُ الولادةُ وتعْيينُ الولدِ إلَّا بحُجةٍ، وشَهَادَةُ القَابِلَةِ حُجَّةٌ فيها؛ لأنَّ الولادةَ ممَّا لَا يَحْضُرُها الرجالُ، فقَبِلْنا قولَ النساءِ فيها، وفي إثباتِ الولادةِ وتعْيينِ الولدِ إِلْزَامُ النَّسَبِ على الزوجِ؛ لأنَّ النَّسَبَ لهُ. كذا قالُوا في «**شروحِ الجامعِ الصغيرِ**».

وقالَ شيخُ الإسلامِ أبو بكرٍ المعروفُ بخُوَاهَر زَادَه في كتاب الدعوىٰ مِنْ «**مبسوطِه**»، في بابِ دِعْوةِ الحَمِيلِ: «امرأةٌ تُقِرُّ بالصبيِّ أَنَّهُ ابنُها؛ فإنَّها لَا تُصَدَّقُ

---

(١) ينظر: «الوسيط في المذهب» للغزالي [٧/٤٥٥]. و«روضة الطالبين» للنووي [١٢/١٠٢]، و«النجم الوهاج في شرح المنهاج» للدَّميري [٦/٨٣].

(٢) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [٤/١٦٨٤].

(٣) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤١٤].

أَمَّا النَّسَبُ يَثْبُتُ بِالْفِرَاشِ الْقَائِمِ، وَقَدْ صَحَّ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَبِلَ شِهَادَةَ الْقَابِلَةِ عَلَىٰ الْوِلَادَةِ.

وَلَوْ كانَتْ مُعْتَدَّةً؛ فَلَا بُدَّ مِنْ حُجَّةٍ تَامَّةٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَدْ مَرَّ فِي الطَّلَاقِ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ مَنْكُوحَةً وَلَا مُعْتَدَّةً قَالُوا: يَثْبُتُ النَّسَبُ مِنْهَا بِقَوْلِهَا؛ لِأَنَّ فِيهِ إِلْزَامًا عَلَىٰ نَفْسِهَا دُونَ غَيْرِهَا.

غاية البيان

إلَّا بِبَيِّنَةٍ، فإنْ شَهِدَ بذلكَ القَابِلَةُ؛ ثبتَ النَّسَبُ».

ثُمَّ قالَ: «وهذا إذا لَمْ يَكُنْ ثَمَّةَ مُنازِعٌ [٢٢٩/١٢ظ/د]، فأمَّا إذا كانَ منازعٌ يُنْكِرُ، بأنِ ادَّعَتِ النَّسَبَ مِن رَجُلٍ، والرَّجُلُ حاضرٌ يُنْكِرُ ذلكَ، فإنَّه لَا يَثْبُتُ ذلكَ بشَهَادَةِ القَابِلَةِ عندَهم جميعًا، وإنَّما يَثْبُتُ بشَهَادَة رَجُلَيْنِ أوْ رَجُلٍ وامرأتيْنِ عندَهم جميعًا؛ لأنَّها تَدَّعِي في الحاصلِ نكاحًا على الرَّجُل، ولأنَّه لَا يَثْبُتُ عندَهم جميعًا إلَّا بشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ أوْ رَجُلٍ وامرأتيْنِ».

ثُمَّ قالَ: «فأمَّا إذا كانَتِ المُنَازَعَةُ لها بامرأةٍ أُخرىٰ، ذكرَ هذه المسألةَ في كتاب اللقيطِ. واختلفتِ الروايةُ فيه:

في إحدىٰ الروايتَيْنِ ـ وكأنَّها روايةُ أبي سليمانَ ـ: أنْ يُقْضَىٰ بالنسبِ بينهما، إذا أقامتْ كلُّ واحدةٍ منهما امرأةً واحدةً.

وفي روايةٍ أخرىٰ ـ وكأنَّها روايةُ أبي حفصٍ ـ: أنَّهُ لَا يُقْضَىٰ بالنسبِ مِنْ واحدةٍ منهما، ما لَمْ تُقِمْ كلُّ واحدةٍ منهما رَجُلَيْنِ أوْ رَجُلًا وامرأتَيْنِ».

قولُه: (وَلَوْ كانَتْ مُعْتَدَّةً؛ فَلَا بُدَّ مِنْ حُجَّةٍ تَامَّةٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنه**)**، يَعْنِي: هذا الذي ذَكَرْنا فيما إذا كانَتْ مَنْكُوحَةً، أمَّا إذا لَمْ تَكُنْ مَنْكُوحَةً، ولكنها معتدَّةً، وادَّعَتِ [٣٧٨/٢ظ] النَّسَبَ علىٰ الرَّجُلِ؛ احتاجتْ إلىٰ حُجَّةٍ تامَّةٍ عندَ أبي حَنِيفَةَ، وهيَ

وَإِنْ كانَ لَهَا زَوْجٌ وَزَعَمَتْ أَنَّهُ ابْنُهَا مِنْهُ، وَصَدَّقَهَا؛ فَهُوَ ابْنُهُمَا وَإِنْ لَمْ تَشْهَدِ امْرَأَةٌ؛ لِأَنَّهُ الْتَزَمَ نَسَبَهُ فَأَغْنَىٰ ذَلِكَ عَنِ الْحُجَّةِ.

وَإِنْ كانَ الصَّبِيُّ فِي أَيْدِيهِمَا فَزَعَمَ أَنَّهُ ابْنُهُ مِنْ غَيْرِهَا، وَزَعَمَتِ الْمَرْأَةُ أَنَّهُ ابْنُهَا مِنْ غَيْرِهِ؛ فَهُوَ ابْنُهُمَا؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْوَلَدَ مِنْهُمَا لِقِيَامِ أَيْدِيهِمَا أَوْ لِقِيَامِ الْفِرَاشِ بَيْنَهُمَا.

غاية البيان

شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وامرأتيْنِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ [هناك][1] حبَلٌ ظاهرٌ، أو اعترافٌ مِن قِبَلِ الزوجِ، فيَثْبُتُ النَّسَبُ مِنْ غيرِ شَهَادَةٍ.

وقالَ أبو يوسفَ ومحمدٌ ﵄: يَثْبُتُ في الجميعِ بشَهَادَةِ امرأةٍ واحدةٍ، وقد مَرَّ في بابِ ثبوتِ النَّسَبِ[2].

[١٢/٢٣٠و/د] **قولُه: (وَإِنْ كانَ لَهَا زَوْجٌ وَزَعَمَتْ أَنَّهُ ابْنُهَا مِنْهُ، وَصَدَّقَهَا؛ فَهُوَ ابْنُهُمَا وَإِنْ لَمْ تَشْهَدِ امْرَأَةٌ)**، **يَعْنِي**: إذا صدَّقَها الزوجُ في دعواها؛ فهو ابنُهما ولا حاجةَ إلىٰ شَهَادَةِ المرأةِ؛ لأنَّ النَّسَبَ يَثْبُتُ بمجردِ إِقْرَارِ الزوجِ بلَا دعوىٰ المرأةِ، إِذْ ليسَ فيهِ تحميلُ النَّسَبِ علىٰ الغيرِ، ومع دعوىٰ المرأةِ [٦/١٤٣و/م] أَوْلَىٰ، وهذه مِن مسائلِ «**الجامعِ الصغيرِ**»[3].

قولُه: (وَإِنْ كانَ الصَّبِيُّ فِي أَيْدِيهِمَا فَزَعَمَ أَنَّهُ ابْنُهُ مِنْ غَيْرِهَا، وَزَعَمَتِ الْمَرْأَةُ أَنَّهُ ابْنُهَا مِنْ غَيْرِهِ؛ فَهُوَ ابْنُهُمَا)، وهذه مِنْ مسائلِ «**الجامعِ الصغيرِ**»[4]، **أي**: زعمَ الزوجُ أَنَّهُ ابنُه مِن امرأةٍ لهُ أخرىٰ، وزعمَتِ المرأةُ أَنَّهُ ابنُها مِن زوْجٍ آخرَ، **فكانَ**

---

(١) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٢) ينظر: «العناية شرح الهداية» [٣١٢/٨]، «البناية شرح الهداية» [٤٢٤/٩]، «**درر الحكام**» [٣٥٣/٢].

(٣) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤١٤].

(٤) المصدر السابق.

ثُمَّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُرِيدُ إِبْطَالَ حَقِّ صَاحِبِهِ فَلَا يُصَدَّقُ عَلَيْهِ، وَهُوَ نَظِيرُ ثَوْبٍ فِي يَدِ رَجُلَيْنِ، يَقُولُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا: هُوَ بَيْنِي وَبَيْنَ رَجُلٍ آخَرَ غَيْرِ صَاحِبِهِ، يَكُونُ الثَّوْبُ بَيْنَهُمَا، إِلَّا أَنَّ هُنَاكَ يَدْخُلُ الْمُقَرُّ لَهُ فِي نَصِيبِ الْمُقِرِّ؛ لِأَنَّ الْمَحِلَّ يَحْتَمِلُ الشَّرِكَةَ، وَهُنَا لَا يَدْخُلُ؛ لِأَنَّ النَّسَبَ لَا يَحْتَمِلُهَا.

قَالَ: وَمَنِ اشْتَرَىٰ جَارِيَةً فَوَلَدَتْ وَلَدًا عِنْدَهُ، فَاسْتَحَقَّهَا رَجُلٌ، غَرِمَ الْأَبُ قِيمَةَ الْوَلَدِ يَوْمَ تَخَاصَمَ؛ لِأَنَّهُ وَلَدُ الْمَغْرُورِ، فَإِنَّ الْمَغْرُورَ مَنْ يَطَأُ امْرَأَةً مُعْتَمِدًا

غاية البيان

ابنُهما؛ لأنَّ الولدَ لَمَّا كانَ في أيديهما؛ كانَ الظاهرُ أنَّهُ منهما، ثُمَّ كُلُّ واحدٍ منهما يدَّعِي إبطالَ حقِّ الآخرِ، فلَا يُصَدَّقُ في حقِّ صاحبِه، كثوْبٍ في يدِ رَجُلَيْنِ أقرَّ كُلُّ واحدٍ منهما أنَّهُ بيْنَه وبيْنَ رَجُلٍ آخرَ؛ يَكُونُ بينهما، ولا يُصَدَّقُ كُلُّ واحدٍ منهما في إبطالِ حقِّ صاحبِه، فكذا هذا إلَّا أنَّ ثَمَّةَ المُقَرَّ لهُ يَدْخُلُ في نصيبِ المُقِرِّ؛ لاحتمالِ المحلِّ الشَّرِكَةَ، بخلافِ ما نحنُ فيه؛ لأنَّهُ لَا يَحْتَمِلُها، هذا إذا كانَ الغُلَامُ لَا يُعَبِّرُ عنْ نفسِه، وإنْ كانَ يُعَبِّرُ عنْ نفسِه، وليسَ هناكَ رِقٌّ ظاهرٌ؛ فالقولُ قولُ الغُلَامِ، أيُّهما صَدَّقَ ثبَتَ نسبُه بتصديقِه[1]. كذا في «**شرح الطَّحَاوِيِّ** رَحِمَهُ اللَّهُ».

قولُه: (قَالَ: وَمَنِ اشْتَرَىٰ جَارِيَةً فَوَلَدَتْ وَلَدًا عِنْدَهُ، فَاسْتَحَقَّهَا رَجُلٌ، غَرِمَ الْأَبُ قِيمَةَ الْوَلَدِ يَوْمَ تَخَاصَمَ)، أي: قالَ في «**الجامعِ الصغيرِ**» [١٢/٢٣٠ظ/د] في كتابِ القَضاءِ.

وصورتُها فيه: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: في رَجُلٍ اشْتَرَىٰ جَارِيَةً فوَطِئَها، فولدَتْ لهُ ولدًا، ثُمَّ استحقَّها رَجُلٌ، قالَ: يَغْرَمُ الأبُ لِلْمَوْلَىٰ قِيمَةَ الولدِ يومَ تخَاصَمَ، إنْ جاءَ والولدُ حيٌّ، وإنْ جاءَ والولدُ قدْ ماتَ؛ فلَا شيءَ علىٰ المُشْتَرِي، وإنْ جاءَ وقدْ ماتَ الولدُ وترَكَ عشرةَ آلافِ درهمٍ؛ فلَا شيءَ علىٰ الأبِ،

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق/٤٣٣].

عَلَىٰ مِلْكِ يَمِينٍ أَوْ نِكَاحٍ، فَتَلِدُ مِنْهُ ثُمَّ تُسْتَحَقُّ، وَوَلَدُ الْمَغْرُورِ حُرٌّ[١] بِإِجْمَاعِ

وإنْ قُتِلَ الولدُ، فأخَذ الوالدُ ديتَه؛ فعلىٰ الأبِ قيمتُه»[٢]. إلىٰ هنا لفْظُ محمدٍ رضي الله عنه في «**أصلِ الجامعِ الصغيرِ**».

والأصلُ في ذلكَ: أنَّ ولدَ المغرورِ حُرُّ الأصلِ بإجماعِ الصحابةِ رضي الله عنهم. كذا ذكَرَ أبو بكرٍ الرَّازِيُّ في شرْحِه لـ«**مختصر الطَّحَاوِيِّ**» في كتابِ النِّكَاحِ قالَ: «لا خلافَ بينَ الصدْرِ الأوَّلِ وفقهاءِ الأمصارِ: أنَّ ولدَ المغرورِ حُرُّ الأصلِ، ولا خلافَ أيضًا بينَ السلَفِ: أنَّهُ مَضْمُونٌ علىٰ الأبِ، إلَّا أنَّ السلفَ اختلفُوا في كيفيَّةِ ضمانِه.

فقالَ عُمَرِ بنُ الخَطَّابِ رضي الله عنه: «يُفَكُّ الْغُلَامُ بِقِيمَةِ الْغُلَامِ، وَالْجَارِيَةُ بِالْجَارِيَةِ»[٣]. يَعْنِي: إن كانَ الولدُ غلامًا؛ فعلىٰ الأبِ غُلَامٌ مِثْلُه، وإنْ كانَ جَارِيَةً فعليه جَارِيَةٌ مِثْلُها.

وقالَ عَلِيُّ بن أبي طالب رضي الله عنه: «عَلَيْهِ قِيمَتُهما[٤]»[٥]، وإليه ذهَبَ أصحابُنا رضي الله عنهم»[٦]. إلىٰ هنا لفْظُ أبي بكرٍ الرَّازِيِّ رحمه الله.

---

(١) أشار بعده بلحق فِي حاشية الْأَصْل أن بعده فِي نسخة: «خ: بالقيمة».

(٢) المصدر السابق [ص/٤٠٣].

(٣) أخرجه: ابن حزم في «المحلىٰ» [٣٦/١٠]، والبيهقي في «السنن الكبرىٰ» [١٠١/٦]، من طريق حُمَيْد الطَّوِيل، عَنِ الْحَسَنِ: «أَنَّ رَجُلًا بَاعَ جَارِيَةً لِأَبِيهِ، وَأَبُوهُ غَائِبٌ، فَلَمَّا قَدِمَ أَبَىٰ أَبُوهُ أَنْ يُجِيزَ بَيْعَهُ، وَقَدْ وَلَدَتْ مِنَ الْمُشْتَرِي، فَاخْتَصَمُوا إِلَىٰ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، فَقَضَىٰ لِلرَّجُلِ بِجَارِيَتِهِ وَأَمَرَ الْمُشْتَرِي أَنْ يَأْخُذَ بَيِّعَهُ بِالْخَلَاصِ، فَلَزِمَهُ، فَقَالَ أَبُو الْبَائِعِ: مُرْهُ فَلْيُخَلِّ عَنِ ابْنِي، فَقَالَ لَهُ عُمَرُ رضي الله عنه: وَأَنْتَ فَخَلِّ عَنِ ابْنِهِ».

(٤) وقع بالأصل: «قيمتها». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ». والذي في المطبوع من «شرح مختصر الطحاوي»: «عليه قيمته».

(٥) أخرجه: البيهقي في «السنن الكبرىٰ» [١٠١/٦]، من طريق عَامِرٍ الشَّعْبِيِّ: «فِي رَجُلٍ وَجَدَ جَارِيَتَهُ فِي يَدِ رَجُلٍ قَدْ وَلَدَتْ مِنْهُ، فَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ أَنَّهَا جَارِيَتُهُ، وَأَقَامَ الَّذِي فِي يَدِهِ الْجَارِيَةُ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ اشْتَرَاهَا، فَقَالَ: فَقَالَ عَلِيٌّ: يَأْخُذُ صَاحِبُ الْجَارِيَةِ جَارِيَتَهُ، وَيُؤْخَذُ الْبَائِعُ بِالْخَلَاصِ».

(٦) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للجصاص [٣٠٧/٤].

الصِّحَابَةِ ﷺ، وَلِأَنَّ النَّظَرَ مِنَ الْجَانِبَيْنِ وَاجِبٌ، فَيُجْعَلُ الْوَلَدُ حُرَّ الْأَصْلِ فِي حَقِّ أَبِيهِ، رَقِيقًا فِي حَقِّ مُدَّعِيهِ؛ نَظَرًا لَهُمَا، ثُمَّ الْوَلَدُ حَاصِلٌ فِي يَدِهِ مِنْ غَيْرِ

غاية البيان

والمغرورُ: مَن يستَوْلِدُ امرأةً معتمدًا على مِلْكِ يَمِينٍ أَوْ نِكَاحٍ [١٤٣/٦ظ/م] على أَنَّها حُرَّةٌ، ثُمَّ يستحِقُّها رَجُلٌ بالبَيِّنَةِ على أَنَّها أَمَةٌ، وولدُها حُرٌّ بإجماعِ الصحابةِ ﷺ، رُوِيَ ذلكَ عن عُمَرَ وعَلِيٍّ ﷺ مِنْ غيرِ نكيرٍ مِنَ الصحابةِ ﷺ؛ فحلَّ محلَّ الإجماعِ.

بيانُه: فيما رَوَىٰ محمدٌ في «**الأصلِ**» في كتابِ الدعوى[1]: «عنْ [٣٧٩/٢و] أبي يوسفَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْحَاقَ عَنْ يَزِيدَ بْنِ عَبْدِ اللهِ بْنِ قُسَيْطٍ قَالَ: «أَبَقَتْ أَمَةٌ، فَأَتَتْ بَعْضَ قَبَائِلِ العَرَبِ، فَانْتَمَتْ إِلَىٰ بَعْضِ قَبَائِلِ الْعَرَبِ، فَتَزَوَّجَتْ رَجُلًا مِنْ بَنِي عُذْرَةَ، فَنَثَرَتْ لهُ ذَا بَطْنِهَا، ثُمَّ جَاءَ مَوْلَاهَا إِلَىٰ عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ، فَرَفَعَ ذَلِكَ إِلَيْه، فقَضَىٰ بِهَا لَهُ، وَقَضَىٰ عَلَىٰ أَبِ الوَلَدِ: أَنْ يَفْدِيَ وَلَدَهُ الغُلَامَ بِالغُلَامِ، وَالجَارِيَةَ بِالجَارِيَةِ»[2].

قال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّين الأَسْبِيْجَابيُّ [٢٣١/١٢و/د] في «**شرحِ الكافي**»: «أفادَنا أنَّ نِكَاحَ الأَمَةِ بغيرِ إِذْن مولاها يَنْعَقِدُ بوَصْفِ الفَسَادِ، وأفادَنا أنَّ ولدَ المغرورِ حُرٌّ بالقِيمَةِ[3].

وعنِ الشَّعْبِيِّ: أَنَّ رَجُلًا اشْتَرَىٰ جَارِيَةً مِنْ رَجُلٍ، فَوَلَدَتْ مِنْهُ، فَاسْتَحَقَّهَا رَجُلٌ، فرُفِعَ إِلَىٰ عَلِيٍّ ﷺ، فَقَضَىٰ بِالجَارِيَةِ لمَوْلَاهَا، وَقَضَىٰ بِأَوْلَادِهَا لمَوْلَاهَا،

---

(١) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [١٣٣/٨/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٢) أخرجه الدارقطني في «سننه» [٦٥/٤]، والبيهقي في «السنن الكبرىٰ» [٧٤/٩]، مِن طريق يَزِيدَ بْنِ عَبْدِ اللهِ بْنِ قُسَيْطٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيِّبِ ﷺ به.

(٣) زاد في «د»: وقوله: يفدي الغلام بالغلام أي: بقيمة الغلام وبقيمة الجارية؛ لأن الجارية والغلام ليسا من ذوات الأمثال حتىٰ يمكن تضمينها بالمثل.

صُنْعِهِ، فَلَا [٨٢/و] يَضْمَنُهُ إِلَّا بِالْمَنْعِ، كَمَا فِي وَلَدِ الْمَغْصُوبَةِ، فَلِهَذَا تُعْتَبَرُ قِيمَةُ الْوَلَدِ يَوْمَ الْخُصُومَةِ؛ لِأَنَّهُ يَوْمُ الْمَنْعِ.

غاية البيان

وَقَضَىٰ لِلْمُشْتَرِي عَلَى البَائِعِ: أَنْ يَفْتَكَّ وَلَدَهُ بِمَا عَزَّ وَهَانَ»[1]؛ لأنَّهُ ضَمِن لهُ سلامةَ الولدِ، فكانَ فكاكُه عليه، ولأنَّ المستوْلِدَ على ظاهرِ المِلْكِ مُسْتحقٌّ للنظرِ، ومُسْتحقُّ الجَارِيَةِ أيضًا مُسْتحقٌّ للنظرِ، فراعَيْنا حقَّهما بقَدْرِ الإمكانِ، فاعتَبَرْنا حقَّ المُسْتولدِ في صورةِ الولدِ، وحقُّ المُسْتَحقِّ في معناه، وهوَ القِيمَةُ، وجُعِلَ حُرًّا في حقِّ المسْتَوْلِدِ مِنَ الأصلِ عبْدًا في حقِّ المُسْتَحقِّ، فيَضْمَنُ بالمنعِ، ولهذا تُعْتَبَر قِيمَةُ الولدِ يومَ الخُصُومَةِ، إذِ المنعُ تحَقَّقَ يومَ الخُصُومَةِ لَا قَبْلَه، وإنْ ماتَ الولدُ قبْلَ الخُصُومَةِ لَا يضْمَنُ الأبُ شيئًا؛ لأنَّهُ لَا يَضْمَنُ قَبْلَ المنعِ».

ثُمَّ اعلمْ: أنَّ ولدَ المغرورِ إنَّما يَكُونُ حُرًّا بالقِيمَةِ إذا كانَ المغرورُ حُرًّا، أمَّا إذا كانَ مُكاتبًا، أوْ مأذونًا لهُ في التزوُّجِ، يَكُونُ ولدُه عبْدًا للمُسْتحقِّ خلافًا لمحمَّدٍ رحمه الله، وسيَجِيءُ ذلكَ في كتابِ المُكَاتَبِ.

قالَ الفقيهُ أبو الليثِ السَّمَرْقَنْدِيُّ رحمه الله في «**شرحِ الجامعِ الصغيرِ**»: «وفي قولِ الشَّافِعِيِّ رضي الله عنه: يَجِبُ عليْهِ قيمتُه يومَ الولادةِ، وإنْ ماتَ الولدُ لَا يسْقُطُ عَنْه الضمانُ، ثُمَّ إنْ جاءَ المُسْتَحقُّ بعدما [١٢/٢٣١ظ/د] ماتَ الولدُ، وترَكَ عشرةَ آلافِ درهمٍ، وَرِثَه أبوه؛ لِمَا مَرَّ أَنَّهُ عَلِقَ حُرًّا في حقِّ المسْتَوْلِدِ، ولا يَغْرَمُ الأبُ قِيمَةَ الولدِ؛ لأنَّهُ لَمْ يمْنَعِ الولدَ، والمِيرَاثُ ليسَ ببدلٍ عنِ الولدِ حتى يَكُونَ مَنْعُه كمَنْعِ الولدِ.

ولوْ قتَلَ الأبُ الولدَ [٦/١٤٤و/م]؛ يَغْرَمُ قيمتَه للمُسْتحقِّ؛ **لأنَّهُ منَعَه منه**، وكذا لوْ قتَلَه غيرُه وأخَذَ ديتَه؛ يَضْمَنُ قيمتَه؛ لأنَّ سلامةَ البدلِ كسلامةِ الولدِ، ومَنْعُه كمَنْعِه، وإنْ لَمْ يَأْخُذِ الدِّيَةَ مِنَ القاتلِ؛ لَا يضْمَنُ شيئًا؛ **لأنَّهُ لَمْ يمْنَعِ الولدَ أصلًا**،

(١) أخرجه: ابن أبي شيبة [رقم/٢٠٥٤٠]، وابنُ حزم في «المحلى» [٨/١٣٩]، عن الشَّعْبِيِّ رحمه الله به.

وَلَوْ مَاتَ الْوَلَدُ لَا شَيْءَ عَلَى الْأَبِ؛ لانْعِدَامِ الْمَنْعِ، وَكَذَا لَوْ تَرَكَ مَالًا؛ لِأَنَّ الْإِرْثَ لَيْسَ بِبَدَلٍ عَنْهُ، وَالْمَالُ لِأَبِيهِ؛ لِأَنَّهُ حُرُّ الْأَصْلِ فِي حَقِّهِ فَيَرِثُهُ.

وَلَوْ قَتَلَهُ الْأَبُ يَغْرَمُ قِيمَتَهُ لِوُجُودِ الْمَنْعِ، وَكَذَا لَوْ قَتَلَهُ غَيْرُهُ فَأَخَذَ دِيَتَهُ،

غاية البيان

لَا حقيقةً ولا حكمًا. كذا ذكرَ فخرُ الدِّين قاضي خان[1] وغيرُه في «**شروحِ الجامعِ الصغيرِ**».

وقالَ أبو بكرٍ الرَّازِيُّ في شرحه لـ«مختصرِ الطَّحَاوِيِّ»: «يَغْرَمُ الواطِئُ العُقْرَ للمُسْتحقِّ؛ لأنَّهُ وَطِئَ مِلْكَ الغيرِ بشبهةٍ، ولا يَرْجِعُ بالعُقْرِ على الغَارِّ؛ لأنَّ الوطءَ في هذا بمنزلةِ جزءٍ أتلفَه منها وتناوَله لنفسِه، فلَا يَرْجِعُ بهِ على غيرِه، كما لوْ قطعَ يدَها لَمْ يَرْجِعْ بهِ على غيرِه»[2].

وقالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّين الأَسْبِيْجَابيُّ في «**شرحِ الكافي**» قالَ: «وإذا أَبَقَتِ الأَمَةُ، فأَتَتْ رَجُلًا، فأخبرَتْه أنَّها حُرَّةٌ، وتزوَّجَها على ذلكَ بنكاحٍ صحيحٍ في الظاهرِ، أوْ فَاسِدٍ، فولدَتْ ولدًا، ثُمَّ أقامَ مولاها البَيِّنَةَ أنَّها أَمَتُه، فقُضِيَ بها له؛ فإنه يُقْضَى بالولدِ أيضًا لمولى الجَارِيَة، إلَّا أنْ يقيمَ الزوجُ البَيِّنَةَ أنَّهُ تزوَّجها على أنَّها حُرَّةٌ، فإنْ أقامَ البَيِّنَةَ على ذلكَ؛ جَعَلْتُ الولدَ حُرًّا، ولا سبيلَ عليه».

ثُمَّ قالَ: «وَضْعُ المسألةِ: فيما إذا لَمْ يتزوَّجْها على هذا الشَّرْطِ، فيكونُ هذا اغترارًا منه، حيثُ بنَى أمْرَه على مُطْلَق خبرِها، فأمَّا إذا شرَطَ ذلكَ عندَ العَقْدِ؛ يَصِيرُ الزوجُ مغرورًا، فيكونُ [٣٧٩/٢ظ] ولدُه حُرًّا، ولا سبيلَ عليه، وجَعَلْتُ على أبيه قيمتَه يومَ قُضِيَ بهِ [له][3] دَيْنًا حالًّا في مالِه دونَ مالِ الولدِ». كذا ذكرَ في كتابِ الدعوى في بابِ الغرورِ.

(١) ينظر: «شرح الجامع الصغير» لقاضيخان [ق/٢٠٧].
(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للجصاص [٣٠٩/٤].
(٣) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

لِأَنَّ سَلَامَةَ بَدَلِهِ لَهُ كَسَلَامَتِهِ، وَمَنْعَ بَدَلِهِ كَمَنْعِهِ فَيَغْرُمُ قِيمَتَهُ، كَمَا إِذَا كَانَ حَيًّا، **وَيَرْجِعُ بِقِيمَةِ الْوَلَدِ عَلَىٰ بَائِعِهِ**، لِأَنَّهُ ضَمِنَ لَهُ سَلَامَتَهُ، **كَمَا يَرْجِعُ بِثَمَنِهِ**، بِخِلَافِ الْعُقْرِ؛ لِأَنَّهُ لَزِمَهُ لِاسْتِيفَاءِ مَنَافِعِهَا، فَلَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْبَائِعِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

غاية البيان

قولُه: (وَيَرْجِعُ [١٢/٢٣٢و/د] **بِقِيمَةِ الْوَلَدِ عَلَىٰ بَائِعِهِ، كَمَا يَرْجِعُ بِثَمَنِهِ)، أي:** يَرْجِعُ الأبُ إذا استُحِقَّتِ الجَارِيَةُ بقيمةِ ولدِها علىٰ الذي باعَها منه؛ لأنَّ البَائِعَ ضَمِنَ لهُ سلامةَ الولدِ، وهذا كما أنَّهُ يَرْجِعُ بثمنِه لوْ كانَ مَبِيعًا فاسْتُحِقَّ، ولكنَّه لَا يَرْجِعُ بالعقْرِ عليْهِ عندَنا خلافًا لِلشَّافِعِيِّ رضي الله عنه؛ لأنَّهُ ضَمَانٌ لزمَه بسببِ فَوْتِ السَّلَامَةِ المُسْتَحقَّةِ بِالعَقْدِ، فيَرْجِعُ عليْهِ بهِ كما يَرْجِعُ بقيمةِ الولدِ.

ولنَا: أنَّ العُقْرَ إنَّما وجَبَ لِاسْتِيفَاءِ منافعِ البُضْعِ، فلوْ رجَعَ لزمَه سلامةُ المُسْتَوْفَىٰ للواطِئِ مجّانًا، وذلكَ ليسَ بمشروعٍ.

وقدْ ختَمَ كتابَ الدعوىٰ في «**الجامع الصغير**» بقولِه: «وإذا قالَتِ المرأةُ: أنا أُمُّ ولدِ هذا الرَّجُلِ، وأرادَتِ استحلافَ الرَّجُلِ؛ ليسَ لها ذلكَ في قولِ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه خاصَّةً؛ لأنَّ أُمُوميَّةَ الولدِ تابعةٌ للنسَبِ، ولا يرَىٰ اليَمِينَ في النَّسَبِ»[١].

واللهُ سبحانه وتعالى أعلمُ.

[هذا آخرُ الدفترِ [٦/١٤٤ظ/م] **الثاني عشر مِنْ «غايةِ البيانِ شرحِ الهدايةِ» مِن نسخةِ السَّوَادِ التي وقَعَ عليها خَطُّ يدي في وَقْتِ الشرْحِ، فرغْتُ عَنْه بعونِ اللهِ تعالىٰ: ببغداد في الحادي والعشرين مِنْ جمادىٰ الآخرةِ مِن سنةِ إحدىٰ وأربعين وسبعِ مئةٍ، ويتلوه في الثالث عشر: كتابُ الإقرارِ إنْ شاءَ اللهُ تعالىٰ.**

حرَّرهُ العبدُ الفقيرُ الشارحُ: أبو حنيفةَ أمير كاتب بنُ أمير عُمَر العَمِيد المدعو بـ: قِوَام الفارابي الأَتْقَانِيّ. غفَرَ الله لهُ ولوالدَيْه][٢].

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤١٤، ٤١٥].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: النسخة الأم «د»، و«م»، و«تح».



[بسم الله الرحمن الرحيم](1) [١٣/١ظ/د]

كِتَابُ الإِقْرَارِ

إنَّما ذكرَ هذه الكتبَ ـ أعني: كتابَ الإِقْرَارِ، وكتابَ الصُّلْحِ، وكتابَ المُضَارَبَةِ، وكتابَ الوَدِيعَةِ ـ عَقِيبَ كتابِ الدعوىٰ للمناسبةِ؛ لأنَّ المُدَّعَىٰ عليْهِ إمَّا أنْ يُقِرَّ أو يُنْكِرَ، فإنْ أقَرَّ فبابُه الإِقْرَارُ، وإنْ أنكرَ فالإنكارُ مُنَازَعَةٌ وخُصُومَةٌ، والخُصُومَةُ تستدعي الصُّلْحَ.

فَبَعْدما ثَبَتَ لهُ المال ـ إمَّا بالإقرارِ، أوْ بالصلحِ ـ **لَا يَخْلُو**: إمَّا أنْ يَسْتَرْبحَ بنفسِه، أوْ بغيرِه، والاسترباحُ بنفسِه بالبَيْعِ، وقدْ مضىٰ بابُه، والاسترباحُ بغيرِه: هوَ المُضَارَبَةُ، فإنْ لَمْ يُرِدِ الاسترباحَ فلَا يَخْلُو: إمَّا أنْ يَحْفَظَ المالَ بنفسِه، أوْ بغيرِه، وحِفْظُه بنفسِه لَا يَتَعَلَّقُ بهِ حُكْمٌ في المُعَامَلَاتِ، فبَقِيَ حِفْظُه بغيرِه، وهوَ الوَدِيعَةُ.

ثُمَّ اعلمْ: أنَّ الإِقْرَارَ حُجَّةٌ شرعيَّةٌ فوقَ الشَّهَادَةِ؛ لأنَّ التُّهمةَ فيهِ منتفيةٌ، فإذا قُبِلَتِ الشَّهَادَةُ، كانَ الإِقْرَارُ أَوْلَىٰ.

والدليلُ علىٰ ذلكَ: الكتابُ، والسُّنَّة، وإجماعُ الأُمَّةِ، ونوعٌ مِنَ المعقولِ.

أمَّا الكتاب: فقولُه تعالىٰ: ﴿وَلْيُمْلِلِ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

بيانُه: أنَّ اللهَ تعالىٰ أمَرَ بإملاءِ مَنْ عليْهِ الحقُّ، فلوْ لَمْ يلزمْه بالإملاءِ شيءٌ؛ لِمَا أمَرَ به، والإملاءُ لَا يَتَحَقَّقُ إلَّا بالإقرارِ.

وقولُه تعالىٰ: ﴿قَالَ ءَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِى قَالُوٓا۟ أَقْرَرْنَا﴾ [آل عمران: ٨١].

---

(١) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «م».

. . . .

بيانُه: أَنَّهُ طلبَ منهم الإِقْرَارَ، فلو لَمْ يَكُنِ الإِقْرَارُ [٢/١٣و/د] حُجةً لِمَا طلَبَه.

وقولُه تعالىٰ: ﴿كُونُوا۟ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ﴾ [النساء: ١٣٥]، والشَّهَادَةُ علىٰ النفسِ إِقْرَارٌ.

وأَمَّا السُّنَّة: فهي أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ رجَمَ ماعزًا بإقرارِه[١]، وقالَ في **قصَّةِ العَسِيفِ:** «**وَاغْدُ يَا أُنَيْسُ إِلَىٰ امْرَأَةِ[٢] هَذَا، فَإِنِ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمْهَا**»[٣]، **فأثبَتَ الحدَّ** بالاعترافِ، والحديثانِ مشهورانِ في كُتُبِ الحديثِ، فلوْ لَمْ يَكُنِ الإِقْرَارُ حُجةً لِمَا أَثْبَتَ الحَدَّ بهِ، فإذا ثبَتَ الحَدُّ بهِ، فثبوتُ المالِ أَوْلَىٰ.

ورَوَىٰ صاحبُ «السنن»: بإسناده إلىٰ أَبِي أُمَيَّةَ الْمَخْزُومِيِّ ﵁: «**أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أُتِيَ بِلِصٍّ قَدِ اعْتَرَفَ اعْتِرَافًا، وَلَمْ يُوجَدْ مَعَهُ مَتَاعٌ، فقالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ** [٦/١٤٥و/م]: «**مَا إِخَالُكَ سَرَقْتَ؟**» **فَأَعَادَ عليْهِ مَرَّتَيْنِ أَوْ ثَلَاثًا، فَأَمَرَ بِهِ فَقُطِعَ**»[٣].

وأَمَّا الإجماعُ: فإنَّ المسلمينَ أجمعُوا علىٰ جوازِ الإِقْرَارِ مِنْ غيرِ نكيرٍ.

وأَمَّا المعقولُ: فهُوَ أَنَّ الخروجَ عمَّا وجَبَ علىٰ الإنسانِ واجبٌ [٢/٣٨٠و] عليه، وربَّما لَا يُمْكِنُ الخروجُ عَنْه إِلَّا بالإقرارِ، فثَبَتَ أَنَّهُ حُجَّةٌ.

ثُمَّ الإِقْرَارُ في اللغةِ والشريعةِ: عبارةٌ عنْ إخبارِ حقٍّ لغيرِه علىٰ نفسِه، فإذا كانَ الإخبارُ عنْ حقٍّ لغيرِه علىٰ غيرِه؛ فهوَ شَهَادَةٌ، وإذا كانَ الإخبارُ عن حقٍّ لنفسِه [٢/١٣ظ/د] علىٰ غيرِه؛ فهو دعوىٰ.

وشرْطُه: الحُرِّيَّةُ، والعقلُ، والبُلُوغُ.

---

(١) مضىٰ تخريجه.

(٢) وقع بالأصل: «علىٰ امْرَأَةِ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

(٣) مضىٰ تخريجه.

....

ورُكْنُه: أنْ يَقُولَ المُقِرُّ: لفلانٍ علَيَّ كذا؛ لأنَّ الإِقْرَارَ بهِ يَقُومُ، ورُكْنُ الشيءِ ما يَقُومُ بهِ ذلكَ الشيءُ.

وحُكْمُه: ظهورُ ما أَقَرَّ بهِ لَا إثباتُه ابتداءً كَالشَّهَادَةِ، ولهذا صحَّ الإِقْرَارُ بِالخَمْرِ للمسلمِ، فلوْ كانَ تمليكًا مبتدأً لَمْ يَصِحَّ، ولهذا لَا يَصِحُّ الإِقْرَارُ بالطلاقِ والعَتَاقِ معَ الإكراهِ، والإنشاءُ يَصِحُّ معَ الإكراهِ.

وذكَرَ في «**الطريقةِ البرهانيةِ**» ما يُؤَيِّدُ هذا فقالَ: «إنشاءُ الرِّقِّ علىٰ نفسِه لَا يَصِحُّ، والإِقْرَارُ بالرِّقِّ يَصِحُّ».

ثُمَّ اعلمْ: أنَّ الإِقْرَارَ هلْ هوَ سَبَبٌ للمِلْكِ أُمّ لَا؟

قالَ **الأُسْتَرُوشَنِيُّ** رحمه الله في الفصلِ التاسعِ مِنْ «**فصولِه**»: «ذكرَ شمسُ الأئمةِ **الحَلْوَانِيُّ** رحمه الله في «**شرْحِ الحِيَلِ**»: اختلفَ المشايخُ في أنَّ الإِقْرَارَ هلْ هوَ سَبَبٌ للمِلْكِ أَمّ لَا؟ قالَ محمدُ بنُ الفضلِ: الإِقْرَارُ ليسَ بسببٍ للمِلْكِ، واستدلَّ بمسألتَيْنِ:

إحداهما: المريضُ الذي عليْهِ دَيْنٌ إذا أَقَرَّ بجميعِ مالِه لأجنبيٍّ؛ يَصِحُّ إقرارُه ولا يتوقَّفُ علىٰ إجَازَةِ الوَارِثِ، ولوْ كانَ تمليكًا لَا يَنْفُذُ إلَّا بقَدْرِ الثلثِ عندَ عدمِ الإِجَازَةِ.

والثانيةُ: العبدُ المَأْذُونُ إذا أَقَرَّ لرَجُلٍ بعينٍ في يدِه يصحُّ إقرارُه، ولوْ كانَ الإِقْرَارُ تمليكًا يَكُونُ تبرُّعًا مِنَ العبدِ فلَا يَصِحُّ».

ثُمَّ قالَ في «الفصول»: «ورأيتُ في طريقةِ بعْضِ المشايخِ: أنَّ الإِقْرَارَ ما هوَ؟ ذكرَ القاضي أبو خازمٍ [١٣/٣و/د]: أنَّ الإِقْرَارَ إخبارٌ عنْ أمْرٍ سابقٍ، وذكَرَ أبو عبدِ اللهِ **الجُرْجَانِيُّ** رحمه الله: أنَّهُ تمليكٌ في الحالِ.

قَالَ: وَإِذَا أَقَرَّ الْحُرُّ الْبَالِغُ الْعَاقِلُ بِحَقٍّ؛ لَزِمَهُ إِقْرَارُهُ، مَجْهُولًا كانَ مَا أَقَرَّ بِهِ أَوْ مَعْلُومًا.

غاية البيان

استدلَّ أبو عبدِ الله بمسائلَ:

منها: إذا أَقَرَّ لرَجُلٍ فردَّ إقرارَه، ثُمَّ قَبِلَ لَمْ يَصِحَّ، ولوْ كانَ إخبارًا صَحَّ.

ومنها: إذا أَقَرَّ في المرضِ لوارثِه بِدَيْنٍ لَمْ يَصِحَّ، ولوْ كانَ إخبارًا صَحَّ.

ومنها: أنَّ المِلْكَ الثابتَ بسببِ الإِقْرَارِ لَا يَظْهَرُ في حقِّ الزوائدِ المستهلكةِ، حتىٰ لَا يَمْلِكُ المُقَرُّ لهُ مطالبتَها مِن المُقِرِّ، ولوْ كانَ إخبارًا كانَتْ مَضْمُونَةً عليْهِ إذا استهلَكها.

واستدلَّ أبو خازمٍ رحمه الله بمسائلَ:

منها: إذا أَقَرَّ بنِصْفِ دارِه مُشاعًا صَحَّ، ولوْ كانَ تمليكًا لَمْ يَصِحَّ عندَ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه.

ومنها: إذا أَقَرَّتِ المرأةُ بالزوجيَّةِ صحَّ، ولوْ كانَ [٦/١٤٥ظ/م] تمليكًا لَمْ يَصِحَّ إلَّا بمَحْضَرٍ مِن الشهودِ.

ومنها: إذا أَقَرَّ المريضُ بِدَيْنٍ يستَغْرِقُ جميعَ مالِه صحَّ، ولوْ كانَ تمليكًا لَمْ يَصِحَّ، والبَاقِي يُعْلَمُ في «الفصولِ».

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا أَقَرَّ الْحُرُّ الْبَالِغُ الْعَاقِلُ بِحَقٍّ؛ لَزِمَهُ إِقْرَارُهُ، مَجْهُولًا كانَ مَا أَقَرَّ بِهِ أَوْ مَعْلُومًا)[1]، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصرِهِ»[2].

أَمَّا لزومُ الإِقْرَارِ: فَلِما بَيَّنَّا مِنْ دلائلِ الكتابِ، والسُّنَّة، والإجماعِ، ونوعٍ مِنَ المعقولِ.

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» [٣/١٩٥]، «الفقه النافع» [٣/١٢١٧]، «بدائع الصنائع» [٦/٢٥٦]، «تبيين الحقائق» [٥/٣]، «الفتاوىٰ الهندية» [٤/١٧٠].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٩٨].

اعْلَمْ أَنَّ الْإِقْرَارَ إِخْبَارٌ عَنْ ثُبُوتِ الْحَقِّ، وَأَنَّهُ مُلْزِمٌ لِوُقُوعِهِ دِلَالَةً؛ أَلَا تَرَىٰ كَيْفَ أَلْزَمَ رَسُولُ اللهِ ﷺ مَاعِزًا رضي الله عنه الرَّجْمَ بِإِقْرَارِهِ وَتِلْكَ الْمَرْأَةَ بِاعْتِرَافِهَا، وَهُوَ حُجَّةٌ قَاصِرَةٌ لِقُصُورِ وِلَايَةِ الْمُقِرِّ عَنْ غَيْرِهِ فَيَقْتَصِرُ عَلَيْهِ. وَشَرْطُ الْحُرِّيَّةِ لِيَصِحَّ إِقْرَارُهُ مُطْلَقًا، فَإِنَّ الْعَبْدَ الْمَأْذُونَ لَهُ وَإِنْ كَانَ مُلْحَقًا بِالْحُرِّ فِي حَقِّ الْإِقْرَارِ، لَكِنَّ الْمَحْجُورَ عَلَيْهِ لَا يَصِحُّ إِقْرَارُهُ بِالْمَالِ، وَيَصِحُّ بِالْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ عُهِدَ مُوجِبًا لِتَعَلُّقِ الدَّيْنِ بِرَقَبَتِهِ وَهِيَ مَالُ الْمَوْلَىٰ فَلَا يُصَدَّقُ عَلَيْهِ، بِخِلَافِ الْمَأْذُونِ؛ لِأَنَّهُ مُسَلَّطٌ عَلَيْهِ مِنْ جِهَتِهِ، وَبِخِلَافِ الْحَدِّ وَالدَّمِ؛ لِأَنَّهُ مُبْقًى عَلَىٰ أَصْلِ الْحُرِّيَّةِ فِي ذَلِكَ، حَتَّىٰ لَا يَصِحَّ إِقْرَارُ الْمَوْلَىٰ عَلَى الْعَبْدِ فِيهِ.

غاية البيان

وأمَّا اشتراطُ الحُرِّيَّةِ: فَلِما أنَّ العبدَ المَحْجُورَ [١٣/٣٣ظ/د] إذا أَقَرَّ بمالٍ لَا يَلْزَمُه إلَّا بعدَ الحُرِّيَّةِ، بخلافِ إقرارِه بحَدٍّ أوْ قصاصٍ، حيثُ يَلْزَمُه في الحالِ؛ لأنَّهُ مُبقًى علىٰ أصلِ الحُرِّيَّةِ فيما هوَ مِن خواصِّ الآدميَّةِ، وذلكَ لأنَّ وجوبَ العُقُوبَةِ بناءً علىٰ الجنايةِ، والجنايةُ بناءً علىٰ كونِه مكلَّفًا، وكونُه مُكلَّفًا مِن خواصِّ الآدميَّةِ، وبخلافِ المَأْذُونِ، فإنَّ إقرارَه بالمالِ صحيحٌ؛ لأنَّهُ مُسَلَّطٌ علىٰ الإِقْرَار مِنْ جهةِ الْمَوْلَىٰ، فلَمَّا اختلفَ حُكْمُ إِقْرَارِ العبدِ شُرِطَ الحُرِّيَّة لِيَصِحَّ مطلقًا.

وأمَّا اشتراطُ البُلُوغِ والعقلِ: فلقوله ﷺ: «**رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثٍ: عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّىٰ يَحْتَلِمَ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّىٰ يُفِيقَ، وَعَنِ النَّائِمِ حَتَّىٰ يَسْتَيْقِظَ**»[1]، ولأنَّ الصَّبِيَّ والمَجْنُونَ ليسَا مِنْ أهلِ الالتزامِ، فلَا يَلْزَمُ بإقرارِهما شيءٌ، إلَّا إذا كانَ الصَّبِيُّ مأذونًا، فحينئذٍ يَصِحُّ إقرارُه؛ لانجبارِ رأيِه برأيِ الوَلِيِّ، فيُعْتَبرُ كالبالغِ، **وأمَّا جَهالَةُ** [٢/٣٨٠ظ] المُقَرِّ بهِ فلَا تمْنَعُ صحةَ الإِقْرَارِ؛ لأنَّ المُقِرَّ إنَّما يُقِرُّ بما يَلْزَمُه

(١) مضىٰ تخريجه.

وَلا بُدَّ مِنَ الْبُلُوغِ وَالْعَقْلِ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ غَيْرُ لَازِمٍ؛ لانْعِدَامِ أَهْلِيَّةِ الالْتِزَامِ، إِلَّا إِذَا كَانَ الصَّبِيُّ مَأْذُونًا؛ لِأَنَّهُ مُلْحَقٌ بِالْبَالِغِ بِحُكْمِ الْإِذْنِ، وَجَهَالَةُ الْمُقَرِّ بِهِ لَا تَمْنَعُ صِحَّةَ الْإِقْرَارِ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ قَدْ يَلْزَمُ مَجْهُولًا بِأَنْ أَتْلَفَ مَالًا لَا يَدْرِي قِيمَتَهُ، أَوْ يُجْرَحُ جِرَاحَةً لَا يَعْلَمُ أَرْشَهَا أَوْ تَبْقَى [٨٢/ظ] عَلَيْهِ بَاقِيَةُ حِسَابٍ لَا يُحِيطُ بِهِ عِلْمُهُ، وَالْإِقْرَارُ إِخْبَارٌ عَنْ ثُبُوتِ الْحَقِّ فَيَصِحُّ بِهِ،

غاية البيان

ويَثْبُتُ في ذمَّتِه.

وقدْ يَلْزَمُ الإنسانَ الحُقُوقُ المَجْهُولَةُ، كما إذا أتلفَ مالًا لَا يُدْرَىٰ قيمتُه، أوْ يَلْزَمُه أَرْشُ جنايةٍ، أوْ يَكُونُ عليْهِ بقيةُ حسابٍ، بخلافِ جَهَالَةِ المُقَرِّ له، **فإنَّها تمْنَعُ** صحةَ الإقْرَارِ، نحوَ أنْ يَقُولَ: لزيدٍ عَلَيَّ ألفُ درهمٍ، فلَا يَصِحُّ الإِقْرَارُ؛ لأنَّ زيدًا في الدنيا كثيرٌ إلَّا إذا عَيَّنَ[1]. كذا في «**شرحِ الطَّحَاوِيِّ**».

هذا إذا كانَتِ الجَهَالَةُ متفاحشةً، فإنْ لَمْ تَتَفَاحَشْ [١٣/٤و/د]، **فلَا تمْنَعُ صحةَ** الإقْرَارِ، ولهذا قالَ في بابِ الإِقْرَار بعَلَامةِ الواوِ[2] مِن «**الواقعاتِ الحُسَامِيَّةِ**»: «جَارِيَةٌ في يَدَيْ رَجُلٍ فقالَ: إنَّ هذه لأحدِ هَذَيْنِ الرَّجُلين؛ جازَ، ويُحَلَّفُ لكلِّ واحدٍ منهما إذا ادَّعَيَاها، ولو قالَ: هذا العبدُ لواحدٍ مِنَ الناسِ؛ **لَا يَجُوزُ**؛ لأنَّ هذا إِقْرَارٌ للمَجْهُول جَهَالَةً متفاحشةً».

وقالَ في «شرْحِ الطَّحَاوِيِّ[3]»: «وكذلكَ **جَهَالَةُ المُقِرِّ تمْنَعُ صحةَ الإِقْرَارِ**، نحو أنْ يَقُولَ لرَجُلٍ: لكَ علىٰ أحدِنا ألفُ درهمٍ؛ **لأنَّ المَقْضِيَّ عليْهِ مَجْهُولٌ**».

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق/٢٧٠].

(٢) يعْنِي بـ: «عَلَامة الواو»: ما رمَزَ به حُسامُ الدِّين **المعروف بـ: الصدر الشهيد في كتابه «الواقعات/** الفتاوىٰ الكبرىٰ» إلىٰ كتاب: «الواقعات» للناطِفِيِّ. **هكذا نصَّ عليه الصدرُ الشهيد في ديباجة كتابه.** ينظر: «الفتاوىٰ الكبرىٰ= الواقعات» **للصدر الشهيد [ق ٣/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ** تركيا/ (رقم الحفظ: ١٠٨٦)]، و«**كشف الظنون» لحاجي خليفة [١٢٢٨/٢]**.

(٣) في «غ»: «شرح الأقطع». ينظر: **«شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق/٢٧٠]**.

بِخِلَافِ الْجَهَالَةِ فِي الْمُقَرِّ لَهُ؛ لِأَنَّ المَجْهُولَ لَا يَصْلُحُ مُسْتَحَقًا، **وَيُقَالُ لَهُ: بينَ الْمَجْهُولَ**؛ لِأَنَّ التَّجْهِيلَ مِنْ جِهَتِهِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا أَعْتَقَ أَحَدَ عَبْدَيْهِ، فَإِنْ لَمْ يُبَيِّنْ أَجْبَرَهُ الْقَاضِي عَلَى الْبَيَانِ؛ لِأَنَّهُ لَزِمَهُ الْخُرُوجُ عَمَّا لَزِمَهُ بِصَحِيحِ إِقْرَارِهِ وَذَلِكَ بِالْبَيَانِ.

قَالَ: **فَإِنْ قَالَ: لِفُلَانٍ عَلَيَّ شَيْءٌ؛ لَزِمَهُ أَنْ يُبَيِّنَ مَا له قِيمَةٌ**؛ لِأَنَّهُ أَخْبَرَ عَنِ الْوُجُوبِ فِي ذِمَّتِهِ، وَمَا لَا قِيمَةَ لَهُ لَا يَجِبُ فِيهَا، فَإِذَا بَيَّنَ غَيْرَ ذَلِكَ يَكُونُ رُجُوعًا.

غاية البيان

قولُه: (**وَيُقَالُ لَهُ: بينَ الْمَجْهُولَ**)، هذا لفْظُ القُدُورِيِّ رحمه الله في «**مختصرِه**»[1].

يَعْنِي: إذا لزمَه [٦/١٤٦و/م] ما أقَرَّ بهِ مجهولًا، يُقالُ لهُ: بينَ المَجْهُولِ، وذلك لأنَّ الإجمالَ[2] وقَعَ مِن جهتِه، فعليه البيانُ، ولكن يُبَيِّنُ شيئًا يَثْبُتُ دَيْنًا في الذِّمَّةِ قلَّ أوْ كثُرَ، نحو أنْ يُبَيِّنَ لهُ حبَّةً، أوْ فَلْسًا، أوْ جَوْزةً، أوْ ما أشبَه ذلكَ.

أمَّا إذا بيَّنَ شيئًا لا يَثْبُتُ في الذِّمَّةِ؛ لا يُقبَلُ منه، نحو أنْ يَقُولَ: عنيْتُ حقَّ الإسلامِ، أوْ كَفًّا مِن ترابٍ ونحوِه[3]. كذا في «**شرح الطَّحَاوِيِّ** رحمه الله».

قولُه: (فَإِنْ قَالَ: لِفُلَانٍ عَلَيَّ شَيْءٌ؛ لَزِمَهُ أَنْ يُبَيِّنَ مَا له قِيمَةٌ)، هذا لفْظُ القُدُورِيِّ في «**مختصرِه**»[4]، وذلكَ لأنَّه أقَرَّ بوجوبِ شيءٍ في ذمَّتِه، وما لَا قِيمَةَ لهُ لَا يَثْبُتُ في الذِّمَّةِ، فإذا فَسَّرَ ما أقَرَّ لهُ بذلكَ؛ صارَ كالرجوعِ عمَّا أقَرَّ به، فلَا يُقْبَلُ منهُ.

قالَ [١٣/٤ظ/د]: والقولُ قولُه مع يمينِه إذا ادَّعَى المُقَرُّ لهُ أكثرَ مِن ذلكَ؛ لقولِه عليه السلام: «**البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ**»[5]. ....

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٩٨].

(٢) وقع بالأصل: «الإجماع». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

(٣) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابيُّ [ق/٢٧٠].

(٤) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/٩٨].

(٥) مضى تخريجه.

. . . .

كذا في «**شرحِ الأقطعِ**»(١).

قالَ شيخُ الإسلام علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ ﵀ في «**شرحِ الكافي**»: «وإذا أَقَرَّ الرَّجُلُ أَنَّهُ غَصَبَ رَجُلًا شيئًا، ولَمْ يُبَيِّنْ شيئًا؛ فإنَّه يَلْزَمُه مِنْ ذلك ما شاءَ، وكانَ القياسُ: أَلَّا يَلْزَمَهُ شيءٌ؛ لأَنَّهُ أَقَرَّ بالمجهولِ، والمَجْهُولُ لَا يَصِحُّ التزامُه، إلَّا أنَّا نَقُولُ بأنَّ هذهِ جَهَالَةٌ مُسْتدركةٌ بالبيانِ، فوَجَبَ عليْهِ البيانُ؛ ليَقَعَ الكلامُ مفيدًا، ولا بُدَّ أنْ يُقِرَّ بشيءٍ، والقولُ قولُه مع يمينِه؛ لأنَّ الغَصْبَ يَسْتَدْعِي محلًّا يَنْفَعِلُ فيه.

وهلْ يُشْتَرطُ الإِقْرَارُ بشيءٍ لهُ قِيمَةٌ؟ قالَ بعضُ أصحابِنا: لَا يُشْتَرطُ، والصحيحُ أَنَّهُ يُشْتَرطُ؛ لأنَّ ما لَا قِيمَةَ لهُ لَا يَرِدُ عليْهِ الغَصْبُ، وإنْ أُطْلِقَ عليْهِ الاسمُ فباعتبارِ المجازِ يَكُونُ». كذا ذكَر في «**شرحِ الكافي**».

وقالَ شيخُ الإسلامِ المعروفُ بخُوَاهَر زَادَه ﵀ في «**مبسوطِهِ**»: «**فإذا بينَ شيئًا، فهذا على وجْهَيْنِ:**

إمَّا أنْ يُبَيِّنَ ما هوَ مالٌ مُتَقَوِّمٌ؛ بأنْ قالَ: غصبْتُ منه درهمًا، **أوْ فلْسًا، أوْ قَفِيزَ حِنْطَةٍ.**

أوْ بينَ ما ليسَ بمالٍ مُتَقَوِّمٍ [١٣/٥و/د]؛ بأنْ قالَ: غصبْتُ منه **كَفًّا مِنْ ترابٍ، أوْ** حبَّةَ حِنْطَةٍ، أوْ غصَبْتُ منه امرأتَه، أوْ ولدَه الصغيرَ.

فإنْ بينَ ما هوَ مالٌ مُتَقَوِّمٌ؛ بأنْ قالَ: غصبْتُ منه **درهمًا، أوْ فلْسًا، أوْ دينارًا،** إنْ صَدَّقَه المُقَرُّ لهُ فيما بَيَّنَ، ولَمْ يَدَّعِ عليْهِ الزِّيَادَة؛ **لَمْ يَكُنْ عليْهِ إلَّا تسليمُ ما أقَرَّ** به؛ لأنَّ بيانَه خرَجَ ملائمًا لمُجْمَلِ إقرارِه، **فصحَّ البيانُ، وبيانُ المجْمَلِ التحَقَ**

(١) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٢٨٥].

. . . .

بالمجْمَلِ، وصارَ كالمنطوقِ بهِ حالةَ الإِقْرَارِ.

ولوْ أَقَرَّ بما بينَ في الابتداءِ، وصَدَّقَه المُقِرُّ في ذلكَ، ولَمْ يَدَّعِ عليْهِ شيئًا، لَمْ يَكُنْ عليْهِ إلَّا تسليمُ ما أَقَرَّ به، ولَمْ يَكُنْ على المُقِرِّ يَمِينٌ، فكذلكَ [٦/١٤٦ظ/م] هذا، فأمَّا إذا صَدَّقَه فيما بَيَّنَ، ولكنِ ادَّعَى عليْهِ الزِّيَادَةَ؛ لزمَه تسليمُ ما بَيَّنَ.

ويُؤْخَذُ في الزِّيَادَةِ: بابُ الدعوى والإنكارِ، فيَكُونُ القولُ قولَ المُنْكِرِ للزِّيَادَةِ مع يمينِه، وذلكَ لأنَّ بيانَه خرَجَ مُلائمًا لمجْمَلِ إقرارِه، فكأنَّه أَقَرَّ بهذا في الابتداءِ وصَدَّقَه المُقِرُّ له، وادَّعَى عليْهِ الزِّيَادَةَ.

وإنْ [٢/٣٨١و] كَذَّبَه فيما بَيَّنَ، وادَّعَى عليْهِ شيئًا آخرَ بَطَلَ إقرارُه، وكانَ القولُ قولَ المُقِرِّ [مع يمينه][1] فيما ادَّعَى عليه؛ لأنَّ البيانَ لَمَّا صحَّ منه صارَ [١٣/٥ظ/د] كأنَّه أَقَرَّ بهِ مِنَ الابتداءِ، ولوْ أَقَرَّ بهِ مِن الابتداءِ، وكَذَّبَه المُقَرُّ لهُ فيما أَقَرَّ به، وادَّعَى عليْهِ مالًا آخرَ بَطَلَ إقرارُه فيما أَقَرَّ لهُ بتكذيبِه، وكان القولُ قولَه فيما ادُّعِيَ عليْهِ مع اليَمِينِ؛ لأنَّهُ لَمْ يُوجَدْ منه بذلكَ إِقْرَارٌ، فكذلكَ هذا.

وما[2] **يَقُولُ في** «الكتابِ» «إنَّ القولَ قولُ المُقِرِّ مع يمينِه»: محمولٌ على ما إذا صَدَّقَه فيما بينَ وادَّعَى الزِّيَادَةَ، أوْ كَذَّبَه وادَّعَى شيئًا آخرَ، فأمَّا إذا صَدَّقَه فيما بَيَّنَ، ولَمْ يدَّعِي عليْهِ الزِّيَادَةَ؛ لَمْ يَكُنْ عليْهِ يَمِينٌ في هذا الفصلِ.

فأمَّا إذا بينَ ما ليسَ بمالٍ: إنْ صَدَّقَه المُقَرّ لهُ فيما بَيَّنَ؛ لَمْ يَكُنْ عليْهِ شيءٌ آخرُ، سواءٌ بينَ ما **يُقْصَدُ** بالْغَصْبِ أوْ لا، بأنْ قالَ: غصبْتُ منه كَفًّا مِن ترابٍ، أوْ حبَّةَ حِنْطَةٍ، أوْ سمْسِمٍ؛ لأنَّ هذا رجوعٌ عما أَقَرَّ به، وليسَ ببيانٍ لمجْمَلِ إقرارِه على ما نَذْكُرُه، إلَّا أنَّهُ لوْ رجَعَ عن إقرارِه وصَدَّقَه المُقَرُّ لهُ في الرُّجُوعِ؛ لَمْ يَكُنْ

(١) ما بين المعقوفتين: وقع بالأصل: «بيمينِه»، والمثبت من النسخة الأم «د»، و«م».

(٢) وقع بالأصل: «أوْ ما». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

. . . .

عليْهِ شيءٌ؛ لأنَّ الحقَّ في الإقرارِ للمُقَرِّ له، فكذا هذا.

فأمَّا إذا كَذَّبَه فيما بينَ وادَّعَىٰ عليْهِ غَصْبَ مالٍ مُتَقَوِّمٍ، هل يُصَدَّقُ المُقِرُّ فيما بَيَّنَ؟ إنْ بينَ ما لَا يُقْصَدُ بِالْغَصْبِ: فإنَّه لَا يُصَدَّقُ فيما بينَ بلَا خلافٍ بينَ المشايخِ؛ لأنَّ هذا رجوعٌ منه، وليس ببيانٍ لمجْمَلِ إقرارِه، فإنه أقَرَّ بغَصْبِ [١٣/٦و/د] شيءٍ.

واسمُ الغَصْبِ إنَّما يُطْلَقُ علىٰ ما يُقْصَدُ بِالْغَصْبِ، ولا يُطْلَقُ علىٰ ما لَا يُقْصَدُ بِالْغَصْبِ، فإنَّه لَا يُقَالُ: غَصَبَ فلانٌ مِنْ فلانٍ حبّةَ حِنْطَةٍ، أوْ كفًّا مِن ترابٍ، فكأنَّه قالَ: غصبْتُ منه شيئًا يُقْصَد بِالْغَصْبِ، ولو صَرَّح بهذا ثُمَّ قالَ: غصبْتُ منه ما لَا يُقْصَدُ بهِ؛ كانَ رجوعًا عمَّا أقَرَّ بهِ، ولَمْ يَكُنْ بيانًا لمجْمَلِ إقرارِه، فكذلكَ هذا.

فأمَّا إذا بينَ ما يُقْصَدُ بِالْغَصْبِ، إلَّا أنَّهُ ليسَ بمالٍ مُتَقَوِّمٍ، هل يَصِحُّ بيانُه؟ اختلَفَ فيهِ المشايخُ رَحِمَهُمُ اللهُ تَعَالَىٰ.

حُكِيَ عنْ أبي نصرٍ الدَّبُوسِيِّ[1] وأبي القاسمِ الصَّفَّارِ وغيرِهما مِن مشايخِنا رحمهم الله: أنَّهُ يَصِحُّ بيانُه، ويُؤْخَذُ فيما يُدَّعَىٰ عليْهِ بابُ الدعوىٰ والإنكارِ، كما لوْ بينَ مالًا مُتَقَوِّمًا.

وعامةُ مشايخِنا يَقُولُونَ: بأنَّه لَا يَصِحُّ بيانُه، ويكونُ مُجْبرًا علىٰ أنْ يُبَيِّنَ شيئًا هوَ مالٌ مُتَقَوِّمٌ، وهوَ **الأصحُّ** [١٤٧/٦و/م]؛ لأنَّهُ جعِلَ مُطْلَقُ الغَصْبِ اسمًا لِمَا يُوجِب رَدَّ العينِ حالَ قيامِه، ورَدَّ القِيمَةِ عند هلاكِها، وذلك إنَّما يَتَحَقَّقُ إذا كانَ المَغْصُوبُ

---

(١) **أبو نصر الدَّبُوسِيّ**: إمام كبير مِن أئمة الشروط. وهو غير أبي زيد الدَّبُوسِيّ. (توفي سنة: ٤٣٢ هـ). وهو ابن ثلاث وستين سنة. ينظر: «الجواهر المضية» لعبد القادر القرشي [٢/٢٦٨]. و«**المِرْقَاة** الوفِيَّة في طبقات الحنفية» للفَيْرُوزآبادِيّ [ق/٨٣/أ/ مخطوط مكتبة رئيس **الكُتَّاب ـ تركيا/ (رقم** الحفظ: ٦٧١)]، و«الطبقات السنية في تراجم الحنفية» لعبد القادر التمِيمِيّ **[ق٥١٣/ب/ مخطوط** مكتبة أيا صوفيا ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٠٢٩)].

....

مالًا مُتَقَوِّمًا(١).

وَوَجْه ما ذهبَ إليهِ هؤلاءِ: أنَّ هذا رجوعٌ منه، وليسَ ببيانٍ لمجْمَلِ إقرارِه، فلَا يُصَدَّقُ في الرُّجُوعِ قياسًا علىٰ ما لوْ بينَ شيئًا لَا يُقْصَدُ بِالْغَصْبِ، وإنما قلْنا ذلكَ لأنَّ المَالِيَّةَ والتقوُّمَ ـ إنْ لم يَثْبُتْ بذِكْرِ الشيءِ ـ فإنَّه [١٣/٦٨ظ/د] يَتَنَاوَلُ المالَ وغيرَ المالِ؛ لأنَّهُ اسْمٌ لكلِّ مَوْجُودٍ يَثْبُتُ المَالِيَّة، والتقوُّمُ: بذِكْرِ الغَصْبِ.

فإنّ مُطْلَقَ الغَصْبِ شرعًا: اسْمٌ لأَخْذِ مالٍ مُتَقَوِّمٍ، ثبتَ ذلكَ بقولِه ﷺ: «**عَلَىٰ الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّىٰ تَرُدَّ**»(٢)، فقدْ أوْجَبَ بمُطْلَقِ الأَخْذِ بغيرِ حقٍّ ـ وهوَ الغَصْبُ ـ الرَّدَّ، فيَنْصَرِفُ إلىٰ ردٍّ كاملٍ، وذلكَ في أنْ يُرَدَّ المأخوذَ مِنْ حيثُ الحقيقةُ أوْ مِنْ حيثُ المعنىٰ، بأنْ يُرَدَّ قيمتُه؛ لأنَّ القِيمَةَ قائمةٌ مقامَ ردِّ العينِ مِنْ حيثُ الحُكْمُ.

وإذا انصرفَ مُطْلَقُ الرَّدِّ إلىٰ ردٍّ كاملٍ، لَا إلىٰ ردٍّ ناقصٍ، وذلكَ في أنْ يُرَدَّ المأخوذُ إمَّا حقيقةً وإمَّا اعتبارًا؛ صارَ كأنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال: عَلَىٰ الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّىٰ تَرُدَّ عَيْنَه أوْ قِيمَتَه.

ولوْ نصَّ علىٰ هذا كانَ منه بيانًا أنَّ الغَصْبَ ما يُوجِبُ ردَّ العينِ حالَ قيامِه، والقِيمَةَ حالَ هلاكِه، وذلكَ لَا يتَحَقَّقُ إلَّا في مالٍ مُتَقَوِّمٍ، ولا يتَحَقَّقُ فيما ليسَ بمالٍ، وإنْ كانَ يُقْصَد بِالْغَصْب.

وإذا ثبَتَ أن الغَصْبَ شرعًا اسمٌ لأخذِ [٢/٣٨١ظ] مالٍ مُتَقَوِّمٍ؛ صارَ كأنَّه قالَ: غصبْتُ مالًا مُتَقَوِّمًا مِنْ فلانٍ، ولو نصَّ علىٰ هذا، ثُمَّ بينَ أني غصبْتُ منه ما ليسَ

---

(١) ينظر: «المبسوط» [١٧/١٨٥، ١٨٦]، «تحفة الفقهاء» [٣/١٩٦]، «بدائع الصنائع» [٦/٢٤٤]، «تبيين الحقائق» [٥/٤، ٥].

(٢) مضىٰ تخريجه.

قَالَ: وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ إِنِ ادَّعَىٰ الْمُقَرُّ لَهُ أَكْثَرَ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْمُنْكِرُ فِي ذَلِكَ، وَكَذَا إِذَا قَالَ لِفُلَانٍ عَلَيَّ حَقٌّ لِمَا بَيَّنَّا، وَكَذَا لَوْ قَالَ: غَصَبْتُ مِنْهُ شَيْئًا، وَيَجِبُ أَنْ يُبَيِّنَ مَا هُوَ مَالٌ يَجْرِي فِيهِ التَّمَانُعُ ....

غاية البيان

بمالٍ مُتَقَوِّمٍ، لَا يَكُونُ بيانًا لمُجْمَلِ كلامِهِ، بلْ كانَ رجوعًا منه بعد الإِقْرَارِ، فلَا يَكُونُ مُصَدَّقًا [١٣/٧و/د] إذا لَمْ يُصَدِّقْه المُقَرُّ لهُ، فكذلكَ هذا.

وهذا بخلافِ ما لوْ قالَ لامرأتِه: خالعتُكِ على ما في كفِّكِ مِن شيءٍ، أوْ قالَ: خالعتُكِ على ما في بيتكِ مِن شيءٍ، وليسَ في البيتِ مالٌ، فإنَّه يقعُ الخُلْعُ مجّانًا؛ لأنَّ المالَ لَمْ يَصِرْ مذكورًا لَا باسمِ الشيءِ، فإنه اسْمٌ للمالِ وغيرِ المالِ، فإنَّه اسْمٌ لكلِّ مَوْجُودٍ، ولا باسمِ الخُلْعِ شرعًا؛ لأنَّ الخُلْعَ طلاقٌ، والطَّلَاقُ شرعًا يَصِحُّ بمالٍ وغيرِ مالٍ.

وهنا إنْ لَمْ تَصِرِ المَالِيَّةُ والتقوُّمُ مذكورًا باسمِ الشيءِ، صارَ مذكورًا باسمِ الغَصْبِ، فإنَّه اسْمٌ لأخْذ مالٍ مُتَقَوِّمٍ على ما بَيَّنَّا، فكأنَّه نصَّ على المالِ. كذا ذكَر الشيخُ خُوَاهَر زَادَه في «**مبسوطِهِ**».

قولُه: (لِمَا بَيَّنَّا)، إِشَارَةٌ إلى قولِه: **(لِأَنَّهُ أَخْبَرَ عَنِ الْوُجُوبِ فِي ذِمَّتِهِ، وَمَا لَا قِيمَةَ لهُ لَا يَجِب فِيهَا)**.

قال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ [٦/١٤٧ظ/م] في «**شرحِ الكافي**» في بابِ الإِقْرَارِ بشيءٍ بغيرِ عَيْنِه: وإذا أَقَرَّ: إنَّ لفلانٍ عَلَيَّ حقًّا، ثُمَّ قالَ: عنيْتُ حقَّ الإسلامِ؛ لَمْ يُصَدَّقْ، فلَا بُدَّ أن يُقِرَّ لهُ بشيءٍ؛ لأنَّ الحقَّ إذا أُطْلِقَ في الإقراراتِ يَنْصَرِفُ إلى الحُقُوقِ المَالِيَّةِ، فلَا يُسْمَعُ تفسيرُه بغيرِ المالِ.

قولُه: (وَكَذَا لوْ قَالَ: غَصَبْتُ مِنْهُ شَيْئًا)، وهذه مِن مسائل «**المبسوطِ**»، **ذكَرَه** تفريعًا على مسألةِ القُدُورِيِّ، وقد مَرَّ بيانُها.

تَعْوِيلًا عَلَى الْعَادَةِ.

وَلَوْ قَالَ: لِفُلَانٍ عَلَيَّ مَالٌ، فَالْمَرْجِعُ إِلَيْهِ فِي بَيَانِهِ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْمُجْمِلُ.

وَيُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الْقَلِيلِ وَالْكَثِيرِ؛ لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ مَالٌ؛ فَإِنَّهُ اسْمٌ لِمَا يُتَمَوَّلُ بِهِ إِلَّا أَنَّهُ لَا يُصَدَّقُ فِي أَقَلَّ مِنْ دِرْهَمٍ؛ لِأَنَّهُ لَا يُعَدُّ مَالًا عُرْفًا.

غاية البيان

قولُه: (تَعْوِيلًا عَلَى الْعَادَةِ)، أي: اعتمادًا عليها.

قولُه: (وَلَوْ قَالَ: لِفُلَانٍ عَلَيَّ مَالٌ؛ فَالْمَرْجِعُ إليهِ فِي بَيَانِهِ)، وهذا لفْظُ القُدُورِيِّ في «**مختصرِه**»، وتمامُه فيه: «ويُقْبَلُ قولُه في القليلِ وفي الكثيرِ»(١).

وإنَّما كانَ المُقِرُّ مَرْجِعَ البيانِ؛ لأنَّ الإجمالَ وقَعَ منه، والرُّجُوعُ فيهِ إلى المجْمَلِ، فإذا بَيَّنَ؛ يُقْبَلُ ذلكَ منه [١٣/٧ظ/د] قليلًا كانَ أوْ كثيرًا؛ لأنَّ المالَ عبارةٌ عما يُتَمَوَّلُ بهِ، وذلكَ مَوْجُودٌ في القليلِ والكثيرِ.

قالَ صاحبُ «الهدايةِ»: (إِلَّا أَنَّهُ لَا يُصَدَّقُ فِي أَقَلَّ مِنْ دِرْهَمٍ؛ لأَنَّهُ لَا يُعَدُّ مَالًا عُرْفًا).

وقالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ ﵀ في بابِ الإِقْرَارِ بشيءٍ غيرِ مسمَّى المبْلَغِ مِنْ «**شرحِ الكافي**»: «ولوْ قالَ له: علَيَّ مالٌ؛ كانَ القولُ قولَه فيهِ ودرهمُ مالٍ». ثُمَّ قالَ: «وهذا اللفظُ يُوهِمُ أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ قولُه إذا بينَ أقلَّ مِن درهمٍ».

وقالَ بعضُهم: «يَنْبَغِي أنْ يُقْبَلَ قولُه في البيانِ؛ لأنَّ اسمَ المالِ يَنْطَلِقُ على نِصْفِ درهمٍ وسُدسِ درهمٍ، كما يَنْطَلِقُ على الدرهمِ».

ثُمَّ قالَ: «**والصحيحُ**: أنَّهُ لَا يُقْبَلُ؛ لأنَّ المالَ الذي يَدْخُلُ تحتَ الالتزامِ والإِقْرَارِ لَا يَكُونُ أقلَّ مِنْ درهمٍ، وهذا ظاهرٌ في حُكْمِ العادةِ، فحمَلْنَاه عليه». كذا

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/٩٨].

وَلَوْ قَالَ: مَالٌ عَظِيمٌ ؛ لَمْ يُصَدَّقْ فِي أَقَلَّ مِنْ مِئَتَيْ دِرْهَمٍ ؛ لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِمَالٍ مَوْصُوفٍ فَلَا يَجُوزُ إِلْغَاءُ الْوَصْفِ، وَالنِّصَابُ عَظِيمٌ حَتَّىٰ اعْتُبِرَ صَاحِبُهُ غَنِيًّا بِهِ، وَالْغَنِيُّ عَظِيمٌ عِنْدَ النَّاسِ.

غاية البيان

في «شَرْحِ الكافي».

وقالَ شيخُ الإسلامِ المعروفُ بخُوَاهَر زَادَه رحمه الله في «مبسوطِهِ» - في بابِ الإِقْرَارِ بدراهمَ غيرِ مُسمَّاةٍ في هذه المسألةِ -: «إذا بينَ ما دونَ الدرهمِ نِصْفَ درهمٍ، أوْ دانِقٍ، قالوا: القياسُ أنْ يُصَدَّقَ، وفي الاستحسانِ: لَا يُصَدَّقُ فيما دونَ الدرهمِ».

وقالَ النَّاطِفِيُّ في «أجناسِه»: وفي «نوادرِ هشامٍ»: «قال محمدٌ: لوْ قالَ: لفلانٍ عَلَيَّ مالٌ، لهُ أنْ يُقِرَّ بدرهمٍ».

ثُمَّ قالَ: «وقالَ في «الهارونيِّ»: لوْ قالَ: لفلانٍ عَليَّ مالٌ؛ هوَ عشرةُ دراهمَ جِيَاد، ولا يُصَدَّقُ في أقلَّ منه في قولِ أبي حَنِيفَةَ وزُفَرَ رضي الله عنهما، وقالَ أبو يوسفَ رضي الله عنه [١٣/٨و/د]: يُصَدَّقُ في ثلاثةِ دراهمَ، ولا يُصَدَّقُ في أقلَّ منه»[١]. إلىٰ هنا لفْظُ «الأجناسِ».

قولُه: (وَلَوْ قَالَ: مَالٌ عَظِيمٌ ؛ لَمْ يُصَدَّقْ فِي أَقَلَّ مِنْ مِئَتَيْ دِرْهَمٍ)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصرِهِ»[٢].

قالَ صاحبُ «الأجناسِ» فيهِ ناقلًا عن إِقْرَارِ «الأصلِ»[٣]: «إذا قالَ لفلانٍ عليَّ مالٌ عظيمٌ مِن الدراهمِ ؛ يَلْزَمُه مئتا درهمٍ، ولو قالَ: مالٌ [٣٨٢/٢و] عظيمٌ مِن الدنانيرِ ؛ يَلْزَمُه عشرونَ دينارًا في [١٤٨/٦و/م] قولِ أبي يوسفَ ومحمدٍ رحمهما الله، ولَمْ

(١) ينظر: «الأجناس» للناطفي [٢٩١/٢].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٩٨].

(٣) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٢٩٤/٨/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَا يُصَدَّقُ فِي أَقَلَّ مِنْ عَشْرَةِ دَرَاهِمَ وَهِيَ نِصَابُ السَّرِقَةِ؛ لِأَنَّهُ عَظِيمٌ حَيْثُ تُقْطَعُ بِهِ الْيَدُ الْمُحْتَرَمَةُ، وَعَنْهُ مِثْلُ جَوَابِ الْكِتَابِ، وَهَذَا إِذَا قَالَ مِنَ الدَّرَاهِمِ.

غاية البيان

يَذْكُرْ قولَ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه»، أي: لَمْ يَذْكُرْ محمدٌ قولَ أبي حَنِيفَةَ في «الأصلِ».

ثُمَّ قالَ في «الأجناسِ»: «وقالَ في «نوادرِ أبي يوسفَ رحمه الله» ـ رواية ابن سَمَاعَةَ ـ: قالَ أبو حَنِيفَةَ رضي الله عنه: يَلْزَمُه مئتا درهمٍ، وكذلك لوْ قالَ: أموالٌ عِظَامٌ؛ فهي ستُّ مئةِ درهمٍ»(١).

وقالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ رحمه الله في «شرحِ الكافي» للحاكمِ الشهيدِ: «ولوْ قالَ: لهُ عَلَيَّ مالٌ عظيمٌ مِنَ الدراهمِ؛ فعليه ما يَجِبُ فيهِ الزكاةُ: مئتا درهمٍ في قولِهما، والعظيمُ والكثيرُ واحدٌ، ولَمْ يَذْكُرْ قولَ أبي حَنِيفَةَ في هذا الفصلِ»، أي: في قولِهِ: (مَالٌ عَظِيمٌ).

ثم قالَ شيخُ الإسلامِ: «والصحيحُ أَنَّهُ مِثْل قولِهما»، يَعْنِي: أنَّ المشايخَ اختلفوا علىٰ قولِه في قولِهِ: (مَالٌ عَظِيمٌ).

قالَ بعضُهم: يَلْزَمُه عشرةُ دراهمَ، كما لوْ أَقَرَّ [١٣٨/ظ/د] بدراهمَ كثيرةٍ؛ يَلْزَمُه عندَه عشرةُ دراهمَ.

وقالَ بعضُهم: يَلْزَمُه مئتا درهمٍ كما هوَ قولُهما، وهوَ الصحيحُ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَذْكُرْ عددًا حتىٰ يَجِبَ مراعاةُ اللفظِ فيهِ، فأوجَبْنا العظيمَ مِنْ حيثُ المعنىٰ، وهوَ المالُ الذي تَجِبُ فيهِ الزكاةُ؛ لأنَّهُ أقلّ مالٍ لهُ خطَرٌ في الشَّرْعِ(٢).

---

(١) ينظر: «الأجناس» للناطفي [٢/٢٩٢].

(٢) ينظر: «مختصر اختلاف العلماء» [٤/٢٢٠]، «تحفة الفقهاء» [٣/١٩٧]، «بدائع الصنائع» [٦/٢٥١، ٢٥٢]، «تبيين الحقائق» [٥، ٦]، «الفتاوىٰ الهندية» [٤/١٨٩].

أَمَّا إِذَا قَالَ مِنَ الدَّنَانِيرِ فَالتَّقْدِيرُ فِيهَا بِالْعِشْرِينَ، وَفِي الْإِبِلِ بِخَمْسٍ وَعِشْرِينَ؛ لِأَنَّهُ أَدْنَىٰ نِصَابٍ يَجِبُ فِيهِ مِنْ جِنْسِهِ، وَفِي غَيْرِ مَالِ الزَّكَاةِ بِقِيمَةِ النِّصَابِ. وَلَوْ قَالَ: أَمْوَالٌ عِظَامٌ فَالتَّقْدِيرُ بِثَلَاثَةِ نُصُبٍ مِنْ فَنٍّ سَمَّاهُ؛ اعْتِبَارًا لِأَدْنَى الْجَمْعِ.

غاية البيان

ووَجْه الروايةِ الأُخرىٰ عنْ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: أنَّ العشرةَ يُقْطَعُ فيها يدُ السارقِ مع عِظَمِ حرمةِ المسلمِ، ولَا يُقْطَعُ فيما دونَها، فدلَّ علىٰ أنَّها صارَتْ في حُكْمِ العظيمِ.

وقالَ في «التحفةِ»: «وقيلَ: يُعْتَبرُ علىٰ قولِ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: حالُ المُقِرِّ إنْ كانَ غنِيًّا، يَقَعُ علىٰ ما يُسْتَعْظَمُ عندَ الأغنياءِ، وإنْ كانَ فقيرًا يَقَعُ علىٰ النِّصَابِ»[1].

وقالَ في «**الشاملِ**» في قسْمِ «**المبسوطِ**» في كتابِ الإِقْرَارِ: «لوْ قالَ: درهمٌ عظيمٌ؛ يَلْزَمُهُ درهمٌ واحدٌ؛ لأنَّهُ مَعْلُومُ القَدْرِ، فيَكُونُ العِظَمُ صفةً لعَرْضِه»، وذكَرَ في «**شرحِ الأقطعِ**» ناقِلًا عن «**المنتقىٰ**» في المالِ القليلِ: أنَّهُ درهمٌ.

ونقَلَ في «**الأجناسِ**» عنْ «**نوادرِ هشام**»: عنْ محمدٍ: «لوْ قالَ: لفلانٍ عليَّ مالٌ، لَا قليلٌ ولا كثيرٌ؛ يَلْزَمُه مئتا درهمٍ؛ لأَنَّهُ لَمَّا قالَ: «لَا قليلٌ» لزمَه الكثيرُ، والمالُ الكثيرُ في الشَّرْعِ مئتا درهمٍ»[2].

وقالَ شمسُ الأئمةِ البَيْهَقِيُّ رحمه الله **في «كفايتِه»**: «عن أبي يوسفَ رحمه الله: لوْ قالَ: لفلانٍ علَيَّ دراهمُ مُضاعفةٌ؛ يَلْزَمُه ستةٌ؛ لأنَّ أقلَّ الدراهمِ ثلاثةٌ، والتضعيفُ أقلُّه مرةٌ، فيُضَعَّفُ مرةً، قالَ: لهُ علَيَّ دراهمُ أضعافًا [١٣/٩و/د] مُضاعفةً، أوْ قالَ: مُضاعفة أضعافًا عليْهِ ثمانية عشر؛ لأنَّ الأضعافَ جمع الضِّعْفِ، فيُضاعَفُ ثلاثةَ ثلاثِ مراتٍ، فكانَتْ تسعةً. وقوله: «مُضاعَفة»، يَقْتَضِي ضِعْفَ ذلكَ، فيَكُونُ ثمانية عشر».

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٣/١٩٨].
(٢) ينظر: «الأجناس» للناطفي [٢/٢٩١].

وَلَوْ قَالَ: دَرَاهِمُ كَثِيرَةٌ؛ لَمْ يُصَدَّقْ فِي أَقَلَّ مِنْ عَشَرَةٍ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعِنْدَهُمَا لَمْ يُصَدَّقْ فِي أَقَلَّ مِنْ مِائَتَيْنِ؛ لِأَنَّ صَاحِبَ النِّصَابِ مُكْثِرٌ حَتَّىٰ وَجَبَ عَلَيْهِ [٨٢/و] مُوَاسَاةُ غَيْرِهِ، بِخِلَافِ مَا دُونَهُ.

غاية البيان

قالَ: «وفي الصورةِ الثانيةِ: الدراهمُ المضاعفةُ ستةٌ، وأضعافُها ثلاثُ مراتٍ، فيَكُونُ ثمانية عشر، قالَ: عليَّ عشرةٌ وأضعافُها مُضاعفة؛ عليْهِ ثمانون درهمًا؛ لأنَّ أضعافَ العشرةِ ثلاثونَ [٦/١٤٨ظ/م]، فإذا ضَمَمْتَ إلىٰ العشرةِ كانَتْ أربعين، فأوْجَبَها مُضاعفةً، فتكون ثمانين». إلىٰ هنا لفْظُ «**الكفايةِ**».

وقالَ في «**شرحِ الأقطع**»: «وهذا كلُّه إذا قالَ: مالٌ عظيمٌ مِن الدراهمِ، فإنْ لَمْ يَقُلْ: مِنَ الدراهمِ صُدِّقَ. أي: في أيِّ جنسٍ ذكَرَ، فإنْ كانَ ممَّا يَجِبُ فيهِ الزكاةُ لَمْ يُصَدَّقْ في أقلِّ مِن نِصَابٍ [منه][1]، وإنْ كانَ مما لَا نِصَابَ لهُ صُدِّقَ فيما يَبْلُغُ قِيمَةَ النِّصَابِ»[2].

وقالَ في «**الفتاوىٰ الصغرىٰ**»: «لو قالَ مالٌ نفيسٌ، أوْ كريمٌ، أوْ خطيرٌ، أوْ جليلٌ. قالَ النَّاطِفِيُّ رحمه الله: لَمْ أجدْه منصوصًا، وكانَ الْجُرْجَانِيُّ يقولُ: مئتانِ»[3].

قولُه: (وَلَوْ قَالَ: دَرَاهِمُ كَثِيرَةٌ؛ لَمْ يُصَدَّقْ فِي أَقَلَّ مِنْ عَشَرَةٍ)، هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «**مختصرِهِ**»[4]، وهذا قولُ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه.

وعندَهما: يَلْزَمُه مئتانِ، ولا يُصَدَّقُ في أقلِّ مِنْ ذلكَ[5].

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٢٨٥].

(٣) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/٢٤٨].

(٤) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/٩٨].

(٥) قال في «التصحيح»: واعتمد قول الإمام النسفي والمحبوبي وصدر الشريعة. ينظر: «بدائع الصنائع» [٧/٢٢٠]، «تبيين الحقائق» [٥/٥]، «مجمع البحرين» [ص٣٥٥]، «لسان الحكام»=

وَلَهُ أَنَّ الْعَشَرَةَ أَقْصَىٰ مَا يَنْتَهِي إِلَيْهِ اسْمُ الْجَمْعِ، يُقَالُ: عَشْرَةُ دَرَاهِمَ، ثُمَّ يُقَالُ: أَحَدَ عَشَرَ دِرْهَمًا، فَيَكُونُ هُوَ الْأَكْثَرُ مِنْ حَيْثُ اللَّفْظِ فَيَنْصَرِفُ إِلَيْهِ.

غاية البيان

وقالَ الشَّافِعِيُّ: يُصَدَّقُ في ثلاثةِ دراهمَ، ولا يُصَدَّقُ في أقلّ مِنْ ذلكَ، وكذلكَ لوْ قالَ: لفلانٍ عَلَيَّ دنانيرُ كثيرةٌ[1]. كذا [٢/٣٨٢ظ] ذكرَ الخلافَ شيخُ الإسلامِ خُوَاهَرزَادَه في «**مبسوطِهِ**».

وقالَ القُدُورِيُّ في [٩/١٣ظ/د] **كتابِ «التقريبِ»**: «رَوَىٰ ابنُ سَمَاعَةَ عنْ أبي يوسفَ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: مِثْلَ قولِهما».

وَجْهُ قولِ الشَّافِعِيِّ ﷺ: أنَّهُ وصَفَ الدراهمَ بصفةٍ لَا يُمْكِنُ العملُ بها، فيلغُو ذِكْرُ هذه الصِّفَةِ؛ لأنَّ وَصَفَ الدراهمِ بالكثرةِ، وإثباتُ صفةِ الكثرةِ لمقدارٍ مِن المقاديرِ غيرُ مُمْكِنٍ، لَا باعتبارِ الحقيقةِ، ولا باعتبارِ العُرْفِ، ولا باعتبارِ الحُكْمِ.

أَمَّا مِنْ حيثُ الحقيقةُ: ما مِن مقدارٍ مِنَ المقاديرِ تُجْعَلُ الكثرةُ صفةً لهُ إلَّا ويكونُ قليلًا بمقابلةِ ما هوَ أكثرُ منه.

وأَمَّا العُرْفُ: فإنَّ الناسَ مُتفاوِتونَ في ذلكَ، فإنَّ مِنَ الناسِ مَنْ يسْتَكْثِرُ مقدارًا مِنَ الدراهمِ، ومنهمْ مَنْ يستَقِلُّ ذلكَ المقدارَ.

وأَمَّا الحُكْمُ: فلأنَّ الأحكامَ التي تَتَعَلَّقُ بالكثيرِ مِنَ المقاديرِ مختلفةٌ، بعضُها يتعَلَّقُ بالعشرةِ عندَكم، وبما دونَ العشرةِ عندي، كالنِّصابِ في السَّرِقَةِ والمهرِ، وبعضُها يتعَلَّقُ بالمئتينِ، كالزكاةِ وحُرمةِ الصَّدَقَةِ، وبعضُها يتعَلَّقُ بأكثر مِنَ المئتينِ، وهوَ الاستطاعةُ في بابِ الحجِّ.

= [١/٢٦٨]، «مجمع الضمانات» [١/٣٦٩]، «مجمع الأنهر» [٢/٢٩١]، «**التصحيح والترجيح**» [ص٢٤٧]، «الدر المنتقى» [٣/٤٠٣]، «اللباب في شرح الكتاب» [٢/٧٧].

(١) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٧/١٦]. و«المهذب في فقه الإمام الشافعي» **للشيرازي** [٣/٤٧٩]. و«الوسيط في المذهب» للغزالي [٣/٣٣٦].

....

فإذا تعَذَّر العملُ بهذه الصِّفَةِ؛ لغا ذِكْرُه، وكأنَّه لَمْ يَذْكُرْ صفةَ الكثرةِ، ولكنْ قالَ: لفلانٍ عَلَيَّ دراهمُ، ولوْ قالَ: لفلانٍ عَلَيَّ دراهمُ؛ كانَ عليْهِ [١٣/١٠و/د] ثلاثةُ دراهمَ، فكذلكَ هذا.

ولأبي يوسفَ ومحمدٍ رحمهما الله: **أنَّ العملَ بهذه الصِّفَةِ وإنْ تعَذَّرَ مِنْ حيثُ** الحقيقةُ والعُرْفُ ـ كما قالَ الشَّافِعِيُّ رضي الله عنه ـ؛ **أمْكَنَ العملُ بهما حكمًا، ولا يُلْغىٰ** مِنْ كلامِ العاقلِ ما أمْكَنَ تصحيحُه، **فيَجِبُ حمْلُ الكثرةِ علىٰ الكثرةِ مِنْ حيثُ الحُكْمُ**، حتىٰ لَا تَلْغُو هذه الصِّفَةُ، فصارَ كأنَّه قالَ: **لفلانٍ عَلَيَّ دراهمُ** [٦/١٤٩و/م] كثيرةٌ حكْمًا، **والدراهمُ الكثيرةُ حكْمًا مِنْ كلِّ وَجْهٍ: مئتا درهمٍ؛ لأنَّها كثيرةٌ شرعًا** في حقِّ القطعِ، والمهرِ، ووجوبِ الزكاةِ، وحرمةِ الصَّدَقَةِ.

فأمَّا العشرةُ إذا كانَتْ كثيرةً في حقِّ القطعِ وجوازِ النِّكَاحِ؛ ففي حرمةِ الصَّدَقَةِ ووجوبِ الزكاةِ قليلٌ، ومُطْلَقُ الاسمِ يَنْصَرِفُ إلىٰ الكاملِ مِنْ ذلكَ الاسمِ، لَا إلىٰ النَّاقِصِ، وأقلُّ ما يَنْطَلِقُ عليْهِ اسمُ الكثرةِ حكمًا مِن كل وَجْهٍ: مئتا درهمٍ، فأمَّا العشرةُ: بينَ القليلِ والكثيرِ مِنْ حيثُ الحُكْمُ، وكان ناقصًا مِنْ حيثُ الكثرةُ حُكْمًا.

ولأبي حنيفةَ رضي الله عنه: **أنَّ الكثرةَ مِنْ حيثُ الحُكْمُ غيرُ مذكورٍ نصًّا، وإنَّما ثبَتَتْ ضَرُورَةَ ألَّا تَصِيرَ صفةَ الكثرةِ لغوًا، فإنَّ العملَ بها: باعتبارِ الحقيقةِ، والعُرْفُ مُتَعَذِّرٌ**، وما ثبَتَ مقتضَىٰ صحَّةِ الغيرِ؛ يَثْبُتُ أدنىٰ ما يَصِحُّ بهِ الغيرُ.

وأدنَىٰ ما [١٣/١٠ظ/د] **تَثْبُتُ بهِ الكثرةُ مِنْ حيثُ الحُكْمُ: عشرةُ دراهمَ، فإنَّ القطعَ مُتَعَلِّقٌ شرعًا بالكثيرِ مِنَ المالِ لَا بالقليلِ**، علىٰ ما رُوِيَ أنَّهُ كانَ لَا يُقْطَعُ في الشيءِ التافهِ، **ثُمَّ اعْتُبِرَ النِّصَابُ في حقِّ القطعِ واستباحةِ البُضْعِ: عشرةً، فيَلْزَمُه عشرةٌ**.

وقالَ بعضُ أصحابِنا رحمهم الله **في وَجْه قولِ أبي حَنِيفَةَ** رضي الله عنه: **إنَّ أكثرَ ما يَتَنَاوَلُه**

وَلَوْ قَالَ: دَرَاهِمُ؛ فَهِيَ ثَلَاثَةٌ؛ لِأَنَّهُ أَقَلُّ الْجَمْعِ الصَّحِيحِ، إِلَّا أَنْ يُبَيِّنَ أَكْثَرَ مِنْهَا؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ يَحْتَمِلُهُ وَيَنْصَرِفُ إِلَى الْوَزْنِ الْمُعْتَادِ.

غاية البيان

اسمُ الدراهمِ: فيما لهُ عددٌ محصورٌ عشرةٌ، وأقلُّه ثلاثةٌ، فإذا زادَ على العَشرِ قالَ: أحدَ عشرَ درهمًا، وعشرونَ درهمًا، ومئةُ درهمٍ، وألفُ درهمٍ، بلفظِ الواحدِ، فلَمَّا وصَفَ الدراهمَ بالكثرةِ؛ وجَبَ أنْ يَلْزَمَهُ أكثرُ ما يَتَنَاوَلُه الاسمُ، ولا يُصَدَّقُ فيما دونَه، ولا يُقَالُ: يَنْبَغِي أنْ يُصَدَّقَ فيما بينَ الثلاثةِ والعشرةِ؛ لأنَّهُ كثيرٌ.

لِأَنَّا نَقُولُ: لَمَّا ذكرَ الكثرةَ؛ صارَ كذِكْرِ الجنسِ، فيَسْتَغْرِقُ اللفظُ ما يصْلُحُ له.

قالَ الشيخ أبو نصرٍ البَغْدَادِيُّ: «والفرقُ لأبي حَنِيفَةَ ﷺ بينَ قولِه: «دراهمُ كثيرةٌ». وبيْنَ قولِه: «مالٌ عظيمٌ»: أنَّ الدراهمَ تُفيدُ العددَ؛ لأنَّ الكثرةَ تَكُونُ بزيادةِ العددِ، فاعْتُبِرَ الكثرةُ التي تَرْجِعُ إلى العددِ، وقولُه: «عظيمٌ»: لَا يتَضَمَّنُ عددًا، فوَجَبَ أنْ يُحْمَلَ [٣٨٣/٢و] على المُسْتَعْظمِ، لَا مِنْ حيثُ العددُ، والعظيمُ في الشَّرْعِ: ما يَصِيرُ بهِ غنيًّا، فتَجِبُ الزكاةُ بنفسِه، فاعْتُبِرَ ذلكَ.

قولُه: (وَلَوْ قَالَ: دَرَاهِمُ؛ فَهِيَ ثَلَاثَةٌ)، هذا لفْظُ القُدُورِيِّ في «**مختصرِه**»[1]، وذلكَ [١٣/١١و/د] لأنَّ الدراهمَ جمْعٌ، وأقلُّ الجمعِ الصحيحِ: ثلاثةٌ، فيَلْزَمُه ذلكَ؛ لأنَّهُ مُتَيَقَّنٌ، وما زادَ على ذلكَ مشكوكٌ فيه، فيتوَقَّفُ على البيانِ.

قالَ صاحبُ «الهدايةِ» ﷺ: **(وَيَنْصَرِفُ إِلَى الْوَزْنِ الْمُعْتَادِ)**، أي: بينَ الناسِ، وذلكَ؛ لأنَّ المُطْلَقَ مِنَ الألفاظِ يَنْصَرِفُ إلى المتعارَفِ، وهوَ غالبُ نَقْدِ البلدِ، ولا يُصَدَّقُ في أقلّ مِنْ ذلكَ؛ لأنَّهُ يُرِيدُ [١٤٩/٦ظ/م] الرُّجُوعَ عما اقتضاهُ كلامُه.

وقالَ في «تحفةِ الفقهاءِ»: «لوْ قالَ: عَلَيَّ ألفُ درهمٍ، فهوَ على ما يتعارَفُه أهلُ البلدِ مِنَ الأوزانِ أوِ العددِ، وإنْ لَمْ يَكُنْ شيءٌ متعارَفًا؛ **فيُحْمَلُ على وَزْنِ**

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٩٨].

وَلَوْ قَالَ: كَذَا كَذَا دِرْهَمًا؛ لَمْ يُصَدَّقْ فِي أَقَلَّ مِنْ أَحَدَ عَشَرَ دِرْهَمًا؛ لِأَنَّهُ ذَكَرَ عَدَدَيْنِ مُبْهَمَيْنِ لَيْسَ بَيْنَهُمَا حَرْفُ الْعَطْفِ، وَأَقَلُّ ذَلِكَ مِنَ الْمُفَسَّرِ أَحَدَ عَشَرَ.

سبعةٍ، فإنَّه الوَزْنُ المُعْتَبَرُ في الشَّرْعِ، وكذلكَ في الدينارِ يُعْتبرُ وَزْنُ المثاقيلِ إلَّا في موضعٍ يُتَعارَفُ فيهِ بخلافِه.

ولوْ قالَ: لفلانٍ عَلَيَّ دُرَيْهِمٌ أوْ دُنَيْنِيرٌ؛ فعليه الإتمامُ؛ لأنَّ التصغيرَ قدْ يُذْكَرُ لصِغَرِ الحجْمِ، وقدْ يَكُونُ لاستحقارِ الدرهمِ، وقدْ يَكُونُ لخِفَّةِ الوَزْنِ، فلَا ينْقُصُ الوَزْنُ بالشكِّ»[١]. إلىٰ هنا لفْظُ «**التحفةِ**».

وقالَ الحاكمُ الشهيدُ في «**الكافي**»: «وإذا قالَ الرَّجُلُ: لفلانٍ عَلَيَّ مئةُ درهمٍ عددًا، ثُمَّ قالَ بعدَ ذلكَ: هيَ وزْنُ خمسةٍ، أوْ وَزْنُ ستةٍ، وكانَ الإِقْرَارُ[٢] منه بالكوفةِ؛ فعليه مئةُ درهمٍ وَزْن سبعةٍ، ولا يُصَدَّقُ علىٰ النُّقْصَانِ إذا لَمْ يُبيِّنْ وزنَها موصولًا بكلامِه، وكذلكَ الدنانيرُ، وإنْ كانوا في بلادٍ يتبايَعونَ علىٰ دراهمَ معدودةٍ، والوَزْنُ بينهم ينْقُصُ عنْ وَزْن سبعةٍ؛ صُدِّقَ إذا ادَّعَىٰ أنَّ الذي أقَرَّ بهِ هوَ علىٰ وَزْنِهم، ولا يُصَدَّقُ إنِ ادَّعَىٰ وزْنًا دونَ ذلكَ، وإنْ كانَ نقْدُ البلدِ مختلفًا؛ فهوَ علىٰ الأقلِّ مِنْ ذلكَ»[٣]. إلىٰ هنا لفْظُ «**الكافي**».

قولُه: (**وَلَوْ قَالَ: كَذَا كَذَا دِرْهَمًا؛ لَمْ يُصَدَّقْ فِي أَقَلَّ مِنْ أَحَدَ عَشَرَ دِرْهَمًا**)، هذا لفْظُ القُدُورِيِّ في «**مختصرِه**»[٤].

قال شيخُ الإسلامِ المعروفُ بخُوَاهَر زَادَه في «**مبسوطِهِ**»: وإذا أقَرَّ الرَّجُلُ أنَّ لفلانٍ عليْهِ كذا كذا درهمًا؛ فإنه يَلْزَمُه أحدَ عشرَ درهمًا، والزِّيَادَةُ تَقِفُ علىٰ بيانِه،

---

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [١٩٧/٣].

(٢) وقع بالأصل: «وكان الإفراز». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

(٣) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٢٩١].

(٤) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٩٨].

. . . .

غاية البيان

فإنْ قالَ: كذا وكذا درهمًا؛ فإنَّه يَلْزَمُه أحدٌ [١٣/١١ظ/د] وعشرونَ، والزِّيَادَةُ مَوْقُوفَةٌ علىٰ بيانِه، وهذا عندَنا.

وقالَ الشَّافِعِيُّ رضي الله عنه: يَلْزَمُه في [قولِه][1]: «كذا كذا درهمًا» درهمٌ، وفي قولِه: «كذا وكذا»: درهمانِ[2]؛ لأنَّ «كذا» اسْمٌ مُبْهَمٌ للواحدِ، لَا للعددِ؛ بدليلِ أنَّهُ إذا أَقَرَّ فقالَ: لفلانٍ عَلَيَّ كذا وسكَتَ، ثُمَّ بينَ بالدرهمِ الواحد صُدِّقَ، ولوْ كانَ اسمًا للعددِ لَمْ يُصَدَّقْ، كما لوْ قالَ: لفلانٍ عَلَيَّ دراهمُ، ثُمَّ بينَ بالواحدِ لَمْ يُصَدَّقْ، وهاهنا لَمَّا صُدِّقَ عَلِمْنا أنَّهُ اسْمٌ مُبْهَمٌ للواحدِ، إلَّا أنَّ الواحدَ مَجْهُولٌ لَا يُدْرَىٰ بماذا، فإذا قال: درهمًا؛ فقد فسَّره بالدرهمِ.

وإذا صارَ الدرهمُ تفسيرًا للواحدِ الذي أقَرَّ بهِ مبهمًا، وكرَّر ذِكْرَه بغيرِ حرْفِ العطفِ؛ فكأنَّه كرَّر الدرهمَ بغيرِ واوِ العطْفِ، ولو كرَّر الدرهمَ يَلْزَمُه درهمٌ واحدٌ فكذا هذا، فإذا كرَّر وبينهما حرْفُ العطفِ وفَسَّرَه بالدرهمِ؛ فكأنَّه كَرَّرَ ذِكْرَ الدرهمِ وثَمَّةَ يَلْزَمُه درهمانِ، فكذا هذا.

ولنا: أنَّهُ ذكَرَ عددَيْنِ مُبْهمَيْنِ بغيرِ حرْفِ العطفِ، وذكرَ في آخرِهما درهمًا [٦/١٥٠و/م] بالنصبِ، فيُجْعَلُ عبارةً عنْ عددَيْنِ مُصَرَّحيْنِ ليسَ بينهما حرْفُ العطفِ، يَسْتَقِيمُ ذِكْرُ الدرهمِ عَقِيبهما بالنصْبِ، وأقلُّ ذلكَ أحدَ عشرَ، وأكثرُه تسعةَ [١٣/١٢و/د] عشرَ، فإنَّه يُقَالُ: أحدَ عشرَ درهمًا إلىٰ تسعةَ عشرَ، إلَّا أنَّ الأقلَّ يَلْزَمُه مِنْ غيرِ بيانٍ، والزِّيَادَةُ تَقِفُ علىٰ بيانِه.

وإذا قالَ: كذا وكذا؛ فقد ذكرَ عددَيْنِ مُبْهمَيْنِ، معطوفًا أحدُهما على الآخرِ

---

(١) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

(٢) ينظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٢٤٣/٤]. و«التنبيه في الفقه الشافعي» للشيرازي [ص/٢٧٦]. و«روضة الطالبين» للنووي [٣٧٧/٤].

وَلَوْ قَالَ: كَذَا وَكَذَا دِرْهَمًا لَمْ يُصَدَّقْ فِي أَقَلَّ مِنْ أَحَدٍ وَعِشْرِينَ ؛ لِأَنَّهُ ذَكَرَ عَدَدَيْنِ مُبْهَمَيْنِ بَيْنَهُمَا حَرْفُ الْعَطْفِ ، وَأَقَلُّ ذَلِكَ مِنَ الْمُفَسَّرِ أَحَدٌ وَعِشْرُونَ ، فَيُحْمَلُ كُلُّ وَجْهٍ عَلَىٰ نَظِيرِهِ.

وَلَوْ قَالَ: كَذَا دِرْهَمًا ؛ فَهُوَ دِرْهَمٌ ؛ لِأَنَّهُ تَفْسِيرٌ لِلْمُبْهَمِ ، وَلَوْ ثَلَّثَ كَذَا بِغَيْرِ

غاية البيان

بواوِ العطفِ ، وذَكَر عَقِيبهما درهمًا بالنصبِ ، فيُجْعَلُ عبارةً عنْ عددَيْنِ مُصَرَّحيْنِ بينهما واوُ العطفِ ، يَسْتَقِيمُ ذِكْرُ الدرهمِ عَقِيبهما بالنَّصبِ [٣٨٣/٢ظ] ، وأقلُّ ذلك أحدٌ وعشرونَ ، وأكثرُه تسعةٌ وتسعونَ ، إلَّا أنَّ الأقلَّ يَلْزَمُه مِنْ غيرِ بيانٍ ، والزِّيَادَةُ تَقِفُ علىٰ بيانِه ، ولا يَجُوزُ أنْ يُجْعَلَ كذا كذا عبارةً عنِ الدرهمِ الواحدِ ؛ لأنَّ الدرهمَ عَقِيبُ الواحدِ لَا يُذْكَرُ بالنصبِ ، وإنما يُذْكَرُ بالرفعِ ، فيُقَالُ: واحدُ درهمٍ ، أوْ درهمٌ واحدٌ[1].

وقولُه[2]: «إنَّه اسْمٌ مُبْهَمٌ للواحدِ لَا للعددِ» فيهِ نَظَرٌ ؛ لأنَّ أهلَ اللغةِ قالُوا: «كم وكذا» كنايتان عنِ العددِ علىٰ سبيلِ الإبهامِ.

قولُه: (وَلَوْ قَالَ: كَذَا وَكَذَا دِرْهَمًا ؛ لَمْ يُصَدَّقْ فِي أَقَلَّ مِنْ أَحَدٍ وَعِشْرِينَ) ، هذا لفْظُ القُدُورِيِّ في «**مختصرِه**»[3] ، وقد مَرَّ بيانُه ، وفيه خلافُ الشَّافِعِيِّ رضي الله عنه.

قولُه: (وَلَوْ قَالَ: كَذَا دِرْهَمًا ؛ فَهُوَ دِرْهَمٌ) ، ذكرَه تفريعًا علىٰ مسألة القُدُورِيِّ ، ولَمْ يذكرْه في «**الأصلِ**».

وقالَ الإمامُ شرَفُ الدِّين أبو حفصٍ عُمَرُ بنُ محمدٍ [١٢/١٣ظ/د] بنِ عُمَرَ الأنصارِيُّ العَقِيلِيُّ البُخَارِيُّ في كتاب «**المنهاجِ**»: «وإنْ قالَ: لهُ عَلَيَّ كذا درهمًا ؛ لزمَه ما بَيَّنَه».

(١) أي: قول الخصم. كذا جاء في حاشية الأصل ، و«م».

(٢) يعني: الشافعي رحمه الله.

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٩٨].

وَاوٍ فَأَحَدَ عَشَرَ؛ لِأَنَّهُ لَا نَظِيرَ لَهُ سِوَاهُ وَإِنْ ثَلَّثَ بِالْوَاوِ: **فَمِئَةٌ وَأَحَدٌ وَعِشْرُونَ**، **وَإِنْ رَبَّعَ: يُزَادُ عَلَيْهَا أَلْفٌ؛ لأنَّ ذَلِكَ نَظِيرُهُ.**

غاية البيان

أقولُ: كانَ يَنْبَغِي أنْ يُلْزَمَه في هذه أحدَ عشرَ؛ لأنَّهُ أوَّلُ العددِ الذي يَقَعُ مُمَيِّزُها منصوبًا، هكذا نُقِلَ عنْ أهلِ اللغةِ، وإذا كانَ كذلكَ؛ يَنْبَغِي ألَّا يُصَدَّقَ في بيانِه بدرهمٍ.

أوِ القياسُ فيهِ: ما قالَه في «**مختصرِ الأسرارِ**»: «إذا قالَ: لهُ عَلَيَّ كذا درهمًا؛ لزمَه عشرونَ؛ لأنَّهُ ذكرَ جملةً وفسَّرها بدرهمٍ منصوبٍ، وذلك يَكُونُ مِن عشرينَ إلىٰ تسعينَ، فيَجِبُ الأقلُّ، وهوَ عشرونَ؛ لأنَّهُ مُتيَقّنٌ».

قولُه: (**وَإِنْ ثَلَّثَ بِالْوَاوِ: فَمِئَةٌ وَأَحَدٌ وَعِشْرُونَ، وَإِنْ رَبَّعَ: يُزَادُ عَلَيْهَا أَلْفٌ؛ لأَنَّ ذَلِكَ نَظِيرُهُ**)، ذكرَه تفريعًا.

قال شيخُ الإسلامِ المعروفُ بخُوَاهَر زَادَه في «**مبسوطِهِ**»: ولو قالَ: لفلانٍ عَلَيَّ كذا وكذا وكذا درهمًا؛ فإنه يَلْزَمُه مئةٌ وأحدٌ وعشرونَ؛ لأنَّهُ ذكرَ ثلاثةَ أعدادٍ مُبْهمة، وذكرَ بينَ الأوَّلِ والثاني والثالثِ حرْفَ العطفِ، وذكرَ الدرهمَ عَقِيبَ الكلِّ بالنصبِ، فيُجْعَلُ عبارةً عنْ ثلاثةِ أعدادٍ مُصرَّحةٍ، ذكرَ [٦/١٥٠ظ/م] حرْفَ العطفِ بينَ الأوَّلِ والثاني والثالثِ، ويَسْتَقِيمُ ذِكْرُ الدرهمِ بالنَّصْبِ عَقِيبَها، وأقلُّ ذلكَ مئةٌ وأحدٌ وعشرونَ.

وإنْ قالَ أربعَ مرَّاتٍ: كذا وكذا وكذا وكذا؛ قالوا: يَلْزَمُه ألفٌ ومئةٌ وأحدٌ وعشرونَ؛ لأنَّهُ ذكرَ أربعةَ أعدادٍ مُبْهمة، وذكرَ واوَ العطفِ بينَ الأوَّلِ والثاني، والثالثِ والرابعِ، وذكرَ الدرهمَ عَقِيبها بالنَّصبِ، فيُجْعَلُ عبارةً عنْ أعدادٍ مُصرَّحةٍ علىٰ هذا الوجهِ يَسْتَقِيمُ ذِكْرُ الدرهمِ عَقِيبها بالنَّصْبِ، وأقلُّ ذلك ألفٌ ومئةٌ وأحدٌ وعشرونَ درهمًا، هذا كلُّه إذا قالَ [١٣/١٣و/د] بالنَّصْبِ.

. . . .

فأمَّا إذا قالَ: درهمٍ بالخفضِ ؛ بأنْ قالَ: كذا درهمٍ ؛ يَلْزَمُه مئةُ درهمٍ ، قالَ خُوَاهَر زَادَه: هكذا رُوِيَ عن محمدٍ ؛ لأَنَّهُ ذكرَ عددًا مبهمًا مرةً واحدةً ، وذكرَ الدرهمَ عَقِيبَه بالخفضِ ، فيُعْتَبرُ بعددٍ واحدٍ مُصَرّحٍ يَسْتَقِيمُ ذِكْرُ الدرهمِ عَقِيبَه بالخفضِ ، وأقلُّ ذلكَ مئةُ درهمٍ .

وإنْ قالَ: كذا كذا درهمٍ ؛ يَلْزَمُه ثلاثُ مئةٍ ؛ لأَنَّهُ ذكرَ عددَيْنِ مُبْهميْنِ ولَمْ يَذْكُرْ بينهما واوَ العطفِ ، وذكرَ الدرهمَ عَقِيبَهما بالخفضِ ، وأقلُّ ذلكَ مِنَ العددِ المُصَرَّحِ ثلاثُ مئةٍ ؛ لأنَّ ثلاثًا عددٌ ، ومئةٌ عددٌ ليسَ بينهما حرْفُ العطفِ ، ويَسْتَقِيمُ ذِكْر الدرهمِ بالخفضِ عَقِيبَهما .

وقالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّين الأَسْبِيْجَابيُّ ﷺ في «**شرحِ الكافي**» [في][1] بابِ الإِقْرَارِ بشيءٍ غير مُسمَّى المبْلَغ: «وإذا أَقَرَّ أنَّ لفلانٍ عليْهِ كذا وكذا درهمًا ، وكذا وكذا دينارًا ؛ فعليه مِن كلِّ واحدٍ منهما أحدَ عشرَ ؛ لأَنَّهُ لوْ أفردَ كلَّ واحدٍ منهما في الذِّكْرِ ؛ لزمَه أحدَ عشرَ ، فكذلكَ إذا جمَعَ بينهما يَلْزَمُه مِن كُلِّ واحدٍ أحدَ عشرَ .

ولوْ قالَ: لهُ عَلَيَّ كذا كذا درهمًا ودينارًا ؛ كانَ عليْهِ أحدَ عشرَ منهما جميعًا ؛ لأَنَّهُ أَقَرَّ بعددَيْنِ مِن جنسَيْنِ ، فوَجَبا منهما جميعًا ، وكيف [١٣/١٣ظ/د] **يُقْسَمُ القياسُ** أنْ يَكُونَ خمسة ونِصْف [٣٨٤/٢و] مِنَ الدراهمِ ، وخمسة ونِصْف مِنَ الدنانيرِ ، **إلَّا أنَّا نَقُولُ**: لوْ فعَلْنا ذلك أَدَّىٰ إلىٰ الكَسْرِ ، وليسَ في لَفْظِه ما يدلُّ علىٰ الكَسْرِ ، فيُجْعَلُ ستةً مِن الدراهمِ ، وخمسةً مِن الدنانيرِ .

فإنْ قيلَ: هلَّا جعلْتَ ستةً مِنَ الدنانيرِ وخمسةً مِنَ الدراهمِ ؟

قلْنا: لأنَّ الدراهمَ أقلُّ ماليّةٍ مِنَ الدنانيرِ ، فصَرَفْنَاهُ إليها احتياطًا . كذا ذَكَر

(١) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن» ، و«م» ، و«تح» ، و«غ» .

قَالَ: وَإِنْ قَالَ: لَهُ عَلَيَّ أَوْ قِبَلِي ؛ فَقَدْ أَقَرَّ بِالدَّيْنِ ؛ لِأَنَّ عَلَيَّ صِيغَةُ إِيجَابٍ، وَقِبَلِي يُنْبِئُ عَنِ الضَّمَانِ عَلَىٰ مَا مَرَّ فِي الْكَفَالَةِ.

غاية البيان

علاءُ الدِّين الأَسْبِيْجَابيُّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى.

قولُه: (وَإِنْ قَالَ: لهُ عَلَيَّ أَوْ قِبَلِي ؛ فَقَدْ أَقَرَّ بِالدَّيْنِ)، وهذه مِنْ مسائلِ «**الأصلِ**»(١)، ولَمْ يذكرْه في «**الجامعِ الصغيرِ**».

والقُدُورِيُّ لَمْ يجْعَلْ لفْظَ (قِبَلِي) إقرارًا بالدَّيْنِ، بلْ جعَلَه إقرارًا بالأمانةِ، حيثُ قالَ في «**مختصرِهِ**»: «وإذا قالَ: لهُ عَلَيَّ ؛ فقدْ أَقَرَّ بدَيْنٍ [٦/١٥١و/م]، وإنْ قالَ: عندي، أو قِبَلِي ؛ فهوَ إِقْرَارٌ بأمانةٍ في يدِه»(٢).

وكانَ قياسُ وَضْعِ المسألةِ: أنْ يذْكرَ ما ذكرَه القُدُورِيُّ، ثُمَّ يذْكرُ ما ذكرَ في «**الأصلِ**» ؛ لأنَّ «**الهدايةَ**» شرْحُ «**البدايةِ**» التي تجْمَعُ مسائلَ «**الجامعِ الصغيرِ**» و«**القُدُورِيِّ**»(٣)، والزوائدُ عليها مذكورةٌ تفريعًا، إلَّا أنَّ صاحبَ «**الهدايةِ**» لَمَّا رأىٰ المذكورَ في «**الأصلِ**» هوَ **الأصحُّ** قدَّمَه، ولهذا لَمْ يَذْكُرْ في «**البدايةِ**» غيرَ ما ذكرَه في «**الأصلِ**».

أمَّا قولُه: (عَلَيَّ)، فإنَّما كانَ إقرارًا بالدَّيْنِ بسبيلِ الاقتضاءِ، وإنْ لَمْ يَذْكُرِ الدَّيْنَ صريحًا [١٣/١٤و/د] ؛ لأنَّ كلمة «عَلَيَّ»، تُسْتَعْمَلُ في الإِيجَابِ، قالَ تعالىٰ: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ﴾ [آل عمران: ٩٧].

ومحلُّ الإِيجَابِ: الذِّمَّةُ، والثابتُ في الذِّمَّةِ: الدَّيْنُ لَا العينُ، **فصارَ مقرًّا** بالدَّينِ مقتضىٰ قولِه: «عَلَيَّ»، والثابتُ اقتضاءً كالثابتِ نصًّا، ولو نصَّ **فقالَ: لفلانٍ** عَلَيَّ ألفُ درهم دَيْنٌ ؛ كانَ مقرًّا بالدَّيْنِ لَا بالعينِ، فكذلكَ هذا.

---

(١) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٨/٢٧٠/ طبعة: وزارة الأوقاف **القطرية**].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٩٨].

(٣) المراد بـ القُدُورِيّ هنا: «مختصر القُدُورِيّ».

وَلَوْ قَالَ الْمُقِرُّ: هوَ وَدِيعَةٌ وَوَصَلَ صُدِّقَ ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ يَحْتَمِلُهُ مَجَازًا حَيْثُ يَكُونُ الْمَضْمُونُ عَلَيْهِ حِفْظُهُ ، وَالْمَالُ مَحِلُّهُ فَيَصْدُقُ مَوْصُولًا لَا مَفْصُولًا .

قَالَ الْعَبْدُ الضَّعِيفُ رحمه الله: وَفِي نُسَخِ الْمُخْتَصَرِ فِي قَوْلِهِ: قِبَلِي إِنَّهُ إِقْرَارٌ بِالْأَمَانَةِ ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ يَنْتَظِمُهُمَا حَتَّىٰ صَارَ قَوْلُهُ: لَا حَقَّ لِي قِبَلَ فُلَانٍ إِبْرَاءٌ عَنِ الدَّيْنِ وَالْأَمَانَةِ جَمِيعًا ، وَالْأَمَانَةُ أَقَلُّهُمَا ، وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ .

وَلَوْ قَالَ: عِنْدِي ، أَوْ مَعِي ، أَوْ فِي بَيْتِي ، أَوْ فِي كِيسِي ، أَوْ صُنْدُوقِي ؛

غاية البيان

وأمَّا قولُه: (قِبَلِي) ، يُنْبِئُ عنْ معنىٰ الضَّمَانِ ، ولهذا يُسَمَّىٰ الكَفِيلُ: قَبِيلًا ، والصَّكُّ: قَبَالةً ، يُقالُ: قَبُلَ به . أي: كَفَلَ ، فكانَ إقرارًا بالدَّيْن ، ولأن قولَه: (قِبَلِي) . وإنْ كانَ يُسْتَعْمَلُ في الإِيجَابَاتِ والأماناتِ ، ولهذا يُقَالُ: لفلانٍ قِبَلِي وَدِيعَةٌ ، وقِبَلِي أَمَانَةٌ ، غلَبَ استعمالُه في الإيجاباتِ ، والمُطْلَقُ مِنَ الكلامِ يَنْصَرِفُ إلىٰ ما هوَ الغالبُ في الاستعمالِ ، كالدراهمِ المُطْلَقةِ تَنْصَرِفُ إلىٰ نقْدِ البلدِ .

وَجْهُ ما قالَ **القُدُورِيُّ** رحمه الله: أنَّ «قِبَلِي» لَمَّا كانَ مُستعملًا في المَضْمُونِ والأَمَانَةِ ؛ كانَ محتملًا ، فلَمْ يَلْزَمْهُ الضَّمَانُ بالشكِّ ، وأُرِيدَ الأَمَانَةُ لتيَقُّنِها ؛ لكونِها أقلَّ مِنَ المَضْمُونِ .

والدليلُ علىٰ أنَّهُ مُسْتعملٌ فيهما جميعًا: ما ذكرَ محمدٌ رحمه الله في «**الأصل**»: «إذا قالَ: لَا حقَّ لهُ علىٰ فلانٍ ؛ بَرِئَ فلانٌ ممَّا هوَ مَضْمُونٌ عليه ، فإنْ قالَ: لَا حقَّ لي عندَه[1] ؛ فهوَ بَرِيءٌ ممَّا [١٣/١٤ظ/د] أصْلُه الأَمَانَةُ ، وإنْ قالَ: لَا حقَّ لي قِبَل فلانٍ ؛ بَرِئَ ممَّا عليْهِ وممَّا عندَه ؛ لأنَّ ما عندَه قِبَله وما عليْهِ قِبَله»[2] .

قولُه: (وَلَوْ قَالَ الْمُقِرُّ: هوَ وَدِيعَةٌ) ، أي: في قولِه: عَلَيَّ أوْ قِبَلِي .

قولُه: (وَلَوْ قَالَ: عِنْدِي ، أَوْ مَعِي ، أَوْ فِي بَيْتِي ، أَوْ فِي كِيسِي ، أَوْ صُنْدُوقِي ؛

(١) وقع بالأصل: «عندي» . والمثبت من: النسخة الأصل «د» ، و«ن» ، و«م» ، و«تح» ، و«غ» .
(٢) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٣٢٥/٨/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية] .

فَهُوَ إِقْرَارٌ بِأَمَانَةٍ فِي يَدِهِ؛ لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ إِقْرَارٌ بِكَوْنِ الشَّيْءِ فِي يَدِهِ، وَذَلِكَ يَتَنَوَّعُ إِلَىٰ مَضْمُونٍ وَأَمَانَةٍ فَيَثْبُتُ أَقَلُّهَا.

غاية البيان

فَهُوَ إِقْرَارٌ بِأَمَانَةٍ فِي يَدِهِ)، وهي مِنْ مسائلِ «**الأصلِ**»[(١)].

أَمَّا كلمةُ «عند»، فلأنها تُسْتَعْمَل في الأمانات، ومُطْلَقُ الكلامِ يَنْصَرِفُ إلىٰ ما هوَ المتعارَفُ، فصارتِ الأَمَانَةُ مذكورةً عُرْفًا، وإنْ لَمْ تَكُنْ مذكورةً نصًّا واقتضاءً، والثابتُ عُرْفًا كالثابتِ نصًّا واقتضاءً.

وأَمَّا إذا قالَ: لفلانٍ معي ألفُ درهمٍ فهي وَدِيعَةٌ؛ لأنَّ [٦/١٥١ظ/م] «مع» في غالبِ الاستعمالِ تُسْتَعْمَلُ في الأماناتِ، ومُطْلَقُ الكلامِ يُحْمَلُ علىٰ ما عليْهِ المتعارَفُ، وكذلكَ لوْ قالَ لهُ: في منزلي ألفُ درهمٍ، أوْ في بيتي، أوْ في كِيسي، أوْ في صندوقي؛ كانَ إقرارًا بالوديعةِ؛ لأنَّ ما في بيتِه أوْ منزلِه أوْ صندوقِه لَا يُتصَوَّرُ أن يَكُون دَيْنًا في ذِمَّتِه، فصارَ مُقِرًّا بالعينِ مقتضَىٰ قولِه: في منزلي أوْ في كِيسي، ولأنَّ كلَّ ذلكَ إِقْرَارٌ بكونِ الشيءِ في يدِه، واليدُ تتنوَّعُ إلىٰ ضَمَانٍ وأَمَانَةٍ، والثاني أقلُّهما، فيَثْبُتُ لتيقُّنِه.

[٢/٣٨٤ظ] قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ في «**شرحِ الكافي**» للحاكمِ الشهيدِ في بابِ الإِقْرَارِ بألفاظٍ مختلفةٍ: «وإنْ قالَ: لهُ في مالي مئةُ درهمٍ، أوْ قالَ: في دراهمي هذه مئةُ درهمٍ، فهذا إِقْرَارٌ بالشركةِ؛ لأنَّهُ إذا اختلَطَ مالُه بمالِه؛ كانَ شريكًا لهُ فيه.

ولوْ قالَ: لهُ مِن مالي ألفُ درهمٍ، أوْ قالَ لهُ: مِن دراهمي هذه درهمٌ؛ **فهذه هِبَةٌ**، ولا يَجُوزُ [إلَّا][(٢)] [١٣/١٥و/د] أنْ يَدْفَعَها إليهِ؛ لأنَّهُ متىٰ قالَ: **مِنْ مالي استدْعَىٰ**

---

(١) المصدر السابق [٨/٢١٢].

(٢) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: النسخة الأم «د»، و«ن»، و«م»، و«تح»، **و«غ»**.

وَلَوْ قالَ لهُ رَجُلٌ: لِي عَلَيْكَ أَلْفٌ، فَقَالَ: اتَّزِنْهَا، أَوِ انْتَقِدْها، أَوْ أَجِّلْنِي بِهَا، أَوْ قَدْ قَضَيْتُكَهَا؛ فَهَذَا إقْرَارٌ؛ لِأَنَّ الْهَاءَ فِي الْأَوَّلِ وَالثَّانِي كِنَايَةٌ عَنِ الْمَذْكُورِ فِي الدَّعْوَىٰ، فكَأَنَّهُ قَالَ: اتَّزِنِ الْأَلْفَ الَّتِي لَكَ عَلَيَّ، [٨٢/ظ] حَتَّىٰ لَوْ

غاية البيان

أنْ يَكُونَ بعضًا ممَّا كانَ يَمْلِكُه له، ولا يَصِيرُ لهُ إلَّا بالهبةِ، فكانَ هذا اللفظُ هِبَةً، فيتوقَّفُ حُكْمُه علىٰ القَبْضِ.

ولو قالَ: لهُ في مالي ألفُ درهمٍ لَا حقَّ لي فيه، فهذا إِقْرَار بالدَّيْن؛ لأَنَّهُ إِقْرَار بألفٍ انقطعَ حقُّه عنها في مالِه، فيُؤْمَرُ بالتسليمِ إليه». كذا في «شرحِ الكافي».

وجعَلَ في أَوَّلِ كتابِ الكَفَالَةِ من «التحفةِ»[1]: قولَه: «هوَ لكَ عندِي» أو: «لك قِبَلِي»، مِن ألفاظِ الضَّمَانِ والكَفَالَةِ، وجعلَ قولَه: «لفلانٍ عندي كذا»: إِقْرَارًا بالوديعةِ، وفرَّقَ؛ لأنَّ قولَه: «عندي» يَحْتَمِلُ هوَ في يدي، ويَحْتَمِلُ هوَ في ذمَّتِي، فيَقَعُ علىٰ الأدنىٰ وهوَ الوَدِيعَةُ، فأمَّا الدَّيْنُ فلَا يَكُونُ إلَّا في الذِّمَّةِ، ولا يَكُونُ في اليدِ، فحُمِلَ علىٰ الوُجُوبِ.

قولُه: (وَلَوْ قالَ لهُ رَجُلٌ: لِي عَلَيْك أَلْفٌ، فَقَالَ: اتَّزِنْهَا، أَوِ انْتَقِدْهَا، أَوْ أَجِّلْنِي بِهَا، أَوْ قَدْ قَضَيْتُكَهَا؛ فهذا إقْرَارٌ)، هذا لفظ القُدُورِيِّ في «**مختصرِه**»[2].

والأصلُ هنا: أنَّ ما لَا يَصِحُّ الابتداءُ بهِ مِن الكلامِ، ويَصْلُحُ للبناءِ؛ فإنَّه يُجْعَلُ مربوطًا بما تقَدَّم ذِكْرُه، ويُعْتَبَرُ بهِ حتىٰ يفِيدَ، ولا يَلْغُو؛ لأَنَّهُ لَا يُلْغَىٰ مِنْ كلامِ العاقلِ ما أمْكَنَ، وإذا كانَ يَصْلُحُ للابتداءِ ويَصْلُحُ للبناءِ؛ فإنَّه يُجْعَلُ للابتداءِ، ولا يُجْعَلُ مربوطًا بما تقَدَّمَ، ولا يُعْتَبرُ بهِ حتىٰ لَا يَلْزَمَهُ المالُ بالشكِّ.

قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّين الأَسْبِيْجَابيُّ ﵀ في «**شرحِ الكافي**» للحاكمِ

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٣/٢٣٧ ـ ٢٣٨].
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/٩٨].

لَمْ يَذْكُرْ حَرْفَ الْكِنَايَةِ لَا يَكُونُ إِقْرَارًا لِعَدَمِ انْصِرَافِهِ إِلَىٰ الْمَذْكُورِ، وَالتَّأْجِيلُ إِنَّمَا يَكُونُ فِي حَقٍّ وَاجِبٍ، وَالْقَضَاءُ يَتْلُو الْوُجُوبَ وَدَعْوَىٰ الْإِبْرَاءِ كَالْقَضَاءِ لِمَا بَيَّنَّا، وَكَذَا دَعْوَىٰ الصَّدَقَةِ وَالْهِبَةِ؛ لِأَنَّ التَّمْلِيكَ يَقْتَضِي سَابِقَةَ الْوُجُوبِ، وَكَذَا لَوْ قَالَ: أَحَلْتُكَ بِهَا عَلَىٰ فُلَانٍ؛ لِأَنَّهُ تَحْوِيلُ الدَّيْنِ.

غاية البيان

الشهيدِ في بابِ ما يَكُونُ إقرارًا: «وإذا قالَ رَجُلٌ لرَجُلٍ: اقْضِني الألفَ التي لي عليكَ، فقالَ: نَعَم، أوْ قالَ: سأُعْطيكها، أوْ غدًا أُعْطيكها، أوْ سوف أُعْطيكها، أو اقعد فاتَّزِنْها، أو اقْعُدْ [٦/١٥٢و/م] فانتَقِدْها، أو اقْعُدْ فاقْبِضْها.

أو قالَ: لَمْ تَحِلَّ بعدُ، أوْ قالَ: اتَّزِنْها، أو [١٣/١٥ظ/د] اعْدُدْها، أوْ قالَ: خُذْها، أوْ أرْسِلْ غدًا مَن يتَّزِنُها، أوْ مَنْ يقْبضُها، أوْ قالَ: ليستْ عندي اليومَ، أوْ ليستْ بمُهَيَّأةٍ اليومَ؛ يَكُونُ ذلك إقرارًا؛ لأنَّ الكلامَ خرَج جوابًا لخِطابِه، والهاءُ كنايةٌ عنِ المذكورِ السابقِ، فيستدْعِي وجودَها، ووجودُها في وجوبِها.

وكذا لوْ قالَ: أجِّلْنِي فيها كذا؛ لأنَّ التَّأْجِيلَ في الدَّيْنِ يَسْتَدْعِي وجوبَ الدَّيْن، أوْ قال: نفِّسْنِي فيها، أوْ قال: ما أكثرَ ما تتقاضانِيها، أوْ قال: غَمَمْتَنِي بها، أوْ لزمْتَنِي بها، أوْ آذيْتَنِي فيها، أوْ قالَ: واللهِ لَا أَقْضِيكها، أوْ لَا أُؤَدِّيها إليكَ اليومَ، أوْ لَا تأخذها مني اليوم، فهذه ألفاظ كلها تدل علىٰ الوُجُوبِ؛ لأنَّ الهاءَ كنايةٌ عنِ المذكورِ في الخِطَابِ، فصارَ مُقِرًّا بها.

وكذلكَ لوْ قالَ: حتىٰ يدخلَ عَلَيَّ مالي، وحتَّىٰ يقْدَمَ عَلَيَّ غلامي، فهذا كلُّه إِقْرَارٌ يَلْزَمُه؛ لأنَّهُ أقرَّ بوجوبِ الأداءِ عليه، لكنَّه طلبَ منه التأخيرَ، وطلبُ التأخيرِ إنَّما يَكُونُ في دَيْنٍ واجبٍ، فيَكُونُ إقرارًا بالوجوبِ.

وإنْ قالَ: اتَّزِنْ، أو انتَقِدْ، أوْ خُذْ؛ فليسَ شيءٌ منه بإقرارٍ؛ لأنَّهُ أقرَّ بالفعلِ غيرِ [١٣/١٦و/د] مضافٍ إلى محلٍّ مُعَيَّنٍ، فلَا يَكُونُ إقرارًا، وكذلكَ الحُكْمُ في سائرِ الدُّيُونِ.

قَالَ: وَمَنْ أَقَرَّ بِدَيْنٍ مُؤَجَّلٍ فَصَدَّقَهُ الْمُقَرُّ لهُ فِي الدَّيْنِ وَكَذَّبَهُ فِي الْأَجْلِ؛ لَزِمَهُ الدَّيْنُ حَالًا؛ لِأَنَّهُ أَقَرَّ عَلَىٰ نَفْسِهِ بِمَالِهِ وَادَّعَىٰ حَقًّا لِنَفْسِهِ فِيهِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا أَقَرَّ بِعَبْدٍ فِي يَدِهِ وَادَّعَىٰ الْإِجَارَةَ، بِخِلَافِ الْإِقْرَارِ بِالدَّرَاهِمِ السُّودِ؛ لِأَنَّهُ صِفَةٌ

غاية البيان

ولوْ قالَ: اقْضِ الدراهمَ التي عليكَ فإنَّ غُرمائي لَا يدَعُوني، فقالَ: أَجِّلْ بها عَلَيَّ بعْضَهم، أوْ مَن شِئْتَ منهم، أو ائتِني برجلٍ منهم أضْمَنْها له، أوْ يَحْتَالُ بها عَلَيَّ، فهذا كلُّه إِقْرَارٌ؛ لأنَّ الهاءَ كنايةٌ عنِ الألفِ المذكورةِ في الاقتضاءِ، فيَسْتَدْعِي وجوبَها ليَصِحَّ ضمانُها أوْ قبولُها.

وإذا تقاضاه[1] بمئةِ درهمٍ [٣٨٥/٢و]، فقالَ: قد قَضَيْتُكها، أوْ قالَ: قد أبرأْتني منها، أوْ قالَ: قد حبَسْتُها لكَ، أوْ قالَ: قد حَلَّلْتَنِي منها، أوْ قدْ وهبْتَها لي، أوْ قدْ أحَلْتُك بها، أو تصَدَّقْتَ بها عَلَيَّ، فهذا كلُّه إِقْرَارٌ؛ لأَنَّهُ لَمَّا طالَبه بالأداءِ؛ أجابَه بدعوىٰ المُبْرِئِ، والبَرَاءَةُ بعدَ الوُجُوبِ، فيكون إِقْرَارًا بالوجوب[2]. كذا في «**شرحِ الكافي**».

قالَ في «تهذيبِ ديوانِ الأدبِ»: «وَزَنَ المُعْطِي، فاتَّزَنَ الآخِذ، كما تقول: نَقَد المُعْطِي، فانتَقَدَ الآخِذُ، وكذلكَ كالَ فاكْتالَ»[3].

قولُه: (**قَالَ: وَمَنْ أَقَرَّ بِدَيْنٍ مُؤَجَّلٍ فَصَدَّقَهُ الْمُقَرُّ لهُ فِي الدَّيْنِ وَكَذَّبَهُ فِي الْأَجَلِ؛ لَزِمَهُ الدَّيْنُ حَالًا**) [١٦/١٣ظ/د]، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «**مختصرِه**»[4]، وذلكَ لأنَّه أقَرَّ لهُ بمالٍ، وادَّعَىٰ ثبوتَ حقٍّ فيهِ لنفسِه، وهوَ الأَجَلُ، فلَا يُصَدَّقُ كما إذا

---

(١) وقع بالأصل: «تقضاه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

(٢) ينظر: «الفقه النافع» [١٢١٨/٣، ١٢١٩]، «تبيين الحقائق» [٧/٥، ٨]، «الفتاوىٰ الهندية» [١٧٢/٤].

(٣) ينظر: «ديوان الأدب» للفارابي [٢٨١/٣].

(٤) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٩٨].

فِيهِ وَقَدْ مَرَّتِ الْمَسْأَلَةُ فِي الْكَفَالَةِ.

قَالَ: وَيُسْتَحْلَفُ الْمُقَرُّ لهُ عَلَىٰ الْأَجَلِ؛ لِأَنَّهُ مُنْكِرٌ حَقًّا عَلَيْهِ وَالْيَمِينُ عَلَىٰ الْمُنْكِرِ.

غاية البيان

أَقَرَّ بعَبْدٍ في يدِه لغيره، وادَّعَىٰ الإِجَارَةَ؛ لَا يُصَدَّقُ [٦/١٥٢ظ/م] في دعوىٰ الإِجَارَةِ، ولا يُشْبهُ ذلكَ ما إذا أقَرَّ بدراهمَ سُودٍ، حيثُ يُصَدَّقُ في دعوىٰ السَّوادِ؛ لأنَّ السُّودَ صفةٌ للدراهمِ، فلَا يَلْزَمُه غيرُ ما أقَرَّ به.

بخلافِ دعوىٰ الأَجَلِ؛ فإنه ليسَ بصفةٍ في الدُّيُونِ الواجبةِ، لَا بعَقْدِ الكَفَالَةِ، كالقُروضِ، وثَمَنِ البِيَاعَاتِ، والمهرِ، وقِيَمِ المُتْلَفاتِ، بلِ الأَجَلُ فيها أمْرٌ عارِضٌ، ولهذا إذا أُطْلِقَتْ صارَتْ حالَّةً، فكانَ القولُ قولَ مَن أنكَرَ الأَجَلَ مع اليَمِين؛ لأنَّهُ أنكَر العارِضَ.

بخلافِ ما إذا قالَ: ضَمِنْتُ لكَ عن فلانٍ بمئةِ درهمٍ إلىٰ شهرٍ، فأنكَرَ المُقَرُّ لهُ الأَجَلَ؛ فالقولُ قولُ الضامنِ؛ لأنَّ الأَجَلَ في الكَفَالَةِ ليسَ بعارضٍ، ولهذا يَثْبُتُ مِنْ غيرِ شرْطٍ، بأنْ قالَ: كفلْتُ لكَ بمالِكَ علىٰ فلانٍ، وعلىٰ الأَصِيلِ دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ، يَكُونُ مُؤَجَّلًا علىٰ الكَفِيلِ مِن غيرِ شرْطٍ، فكانتِ الكَفَالَةُ المؤَجَّلَةُ أحدَ نَوْعَيِ الكَفَالَةِ، فيُصَدَّقُ المُقِرّ في دعوىٰ الأَجَلِ؛ لأنَّ إقرارَه بأحدِ النوعيْنِ لَا يُجْعَلُ إقرارًا بالنوعِ الآخرِ، فيَلْزَمُه ما أقَرَّ لَا غيرَ.

قولُه: (وَقَدْ مَرَّتِ الْمَسْأَلَةُ فِي الْكَفَالَةِ)، أي: قبْل بابِ كَفَالَةِ الرجليْنِ عندَ قولِه: (**وَمَنْ قالَ لِآخَرَ: لَك عَلَيَّ مِئَةُ دِرْهَمٍ** [١٣/١٧و/د] **إِلَىٰ شَهْرٍ، فقالَ الْمُقَرُّ لَهُ: هيَ حَالَّةٌ**).

قولُه: (قَالَ: وَيُسْتَحْلَفُ الْمُقَرُّ لهُ عَلَىٰ الْأَجَلِ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «**مختصرِه**»[1]، وذلك لأنَّه مُنْكِرٌ للأَجَلِ، وعلىٰ المنكرِ اليَمِينُ؛ لقولِه ﷺ: «**البَيِّنَةُ**

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٩٨].

وَإِنْ قَالَ: لهُ عَلَيَّ مِئَةٌ وَدِرْهَمٌ؛ لَزِمَهُ كُلُّهَا دَرَاهِمُ، وَلَوْ قَالَ: مِئَةٌ وَثَوْبٌ؛ لَزِمَهُ ثَوْبٌ وَاحِدٌ، وَالْمَرْجِعُ فِي تَفْسِيرِ الْمِئَةِ إِلَيْهِ.

عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»[1].

قولُه: (وَإِنْ قَالَ: لهُ عَلَيَّ مِئَةٌ وَدِرْهَمٌ؛ لَزِمَهُ كُلُّهَا دَرَاهِمُ، وَلَوْ قَالَ: مِئَةٌ وَثَوْبٌ؛ لَزِمَهُ ثَوْبٌ وَاحِدٌ، وَالْمَرْجِعُ فِي تَفْسِيرِ الْمِئَةِ إِلَيْهِ)، هذا لفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصرِه»[2].

اعلم: أَنَّهُ إذا قالَ: لهُ عَلَيَّ مئةٌ ودينارٌ، أوْ قالَ: مئةٌ ودرهمٌ، أوْ مئةٌ وقَفِيزُ حِنْطَةٍ، أوْ مئةٌ وفَلْسٌ، أوْ مئةٌ ومَنٌّ زَعْفَرَان؛ فالقياسُ: أَنْ يَلْزَمَهُ المعطوفُ، ويُرْجَعُ في بيانِ المعطوفِ عليْهِ إلى المُقِرِّ.

وبالقياسِ أخذَ الشَّافِعِيُّ رحمه الله[3]، ولكن استحْسَنَ علماؤُنا في المَكِيلِ والمَوْزُونِ والعَدَدِيِّ المُتَقَارِبِ، وجعلُوا المعطوفَ عليْهِ مِنْ جنسِ المعطوفِ. كذا ذكرَ شيخُ الإسلامِ خُوَاهَر زَادَه في «مبسوطِهِ» وصاحبُ «الأسرارِ».

وإنْ قالَ: لهُ عَلَيَّ مئةٌ وثوبٌ، أوْ مئةٌ وشَاةٌ، أوْ مئةٌ وعبْدٌ، يَلْزَمُه المعطوفُ، والمرْجِعُ في بيانِ المعطوفِ عليْهِ إليهِ بالاتفاقِ. ولوْ قالَ: مئةٌ وثلاثةُ دراهمَ، أوْ قالَ: وثلاثُ شِيَاهٍ، أوْ وثلاثةُ أثوابٍ؛ يَكُون البيانُ في المعطوفِ بيانًا في المعطوفِ عليْهِ بالاتفاقِ، والحُكْمُ في قولِه [٦/١٥٣و/م]: مئةٌ وثوبان مِثْلُه في قولِه: مئةٌ وثوبٌ، وإنْ قالَ ثوبانِ اثنانِ؛ لَا روايةَ فيه. كذا في «مختصرِ الأسرارِ».

وَجْهُ قولِه[4]: أَنَّهُ مُفَسَّرٌ معطوفٌ على [١٣/١٧ظ/د] مُبْهَمٍ، فلَا يَكُونُ تفسيرًا للمُبْهمِ، كما في قولِه: مئةٌ وثوبٌ، ومئةٌ وشاةٌ، ومئةٌ وعبْدٌ.

---

(١) مضى تخريجه.
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٩٨].
(٣) ينظر: «التنبيه في الفقه الشافعي» للشيرازي [ص/٢٧٦]. و«روضة الطالبين» للنووي [١٠/٢١٤].
(٤) أي: الشافعي رحمه الله.

وَهُوَ الْقِيَاسُ فِي الْأَوَّلِ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ رحمه الله؛ لِأَنَّ الْمِائَةَ مُبْهَمَةٌ وَالدِّرْهَمُ مَعْطُوفٌ عَلَيْهَا بِالْوَاوِ الْعَاطِفَةِ لَا تَفْسِيرًا لَهَا، فَبَقِيَتِ الْمِائَةُ عَلَىٰ إِبْهَامِهَا كَمَا فِي الْفَصْلِ الثَّانِي.

غاية البيان

ولنا: أَنَّهُ مُقَدَّرٌ مُفَسَّرٌ عُطِفَ على مُبْهَمٍ مُقَدَّرٍ، فوَجَبَ أنْ يكونا مِن جنسٍ واحدٍ، كما في قولِه: لهُ عَلَيَّ مئةٌ وخمسونَ [٢/٣٨٥ظ] درهمًا، أوْ ثوبًا، أوْ شَاةً.

والتحقيقُ في البابِ أنْ يُقَالُ: إن حَذْفَ المُمَيّزِ في المعطوفِ عليْهِ والاكتفاءَ بالبيانِ في المعطوفِ إيجازًا واختصارًا؛ ثابتٌ عُرْفًا وعقْلًا.

أمَّا العُرْفُ: فكما في الصورةِ المذكورةِ، والثابتُ عُرْفًا كالثابتِ نَصًّا.

وأمَّا العقلُ: فلأنَّ المعطوفَ مع المعطوفِ عليْهِ بمنزلةِ شيءٍ واحدٍ مِنْ حيثُ لَا وجودَ للعَطْفِ إلَّا بهما، كالمضافِ والمضافِ إليهِ، لَا وجودَ للإضافةِ إلَّا بهما، ثُمَّ البيانُ في المضافِ إليهِ بيانٌ للمضافِ، كقولِك: ثلاثةُ رجالٍ، فكذلكَ البيانُ في المعطوفِ بيانٌ للمعطوفِ إليه.

ثُمَّ الحذْفُ للاختصارِ إنَّما يَكُونُ فيما فيهِ كثْرةٌ، إمَّا استعمالًا كما في المقدَّراتِ مِن المَكِيلِ والمَوْزُونِ، وفي العَدَدِيِّ المُتَقَارِبِ؛ لأنَّها تكْثُرُ في عُقُودِ التجاراتِ، ويَثْبُتُ في الذِّمَّةِ حالًّا ومُؤَجَّلًا، فاستثقلُوا تكرارَ ذِكْرِ المُمَيّزِ في المعطوفِ والمعطوفِ عليه، فحذَفُوه عنِ المعطوفِ عليه، أوْ ذاتًا كما في الجَمْعِ، كقولِك: مئةٌ وثلاثةُ دراهمَ، أوْ ثلاثةُ أثوابٍ، أوْ ثلاث شِيَاهٍ.

بخلافِ ما قاسَ عليْهِ الشَّافِعِيُّ رحمه الله، فإنه ليسَ بكثيرٍ لَا استعمالًا؛ **لأنَّها لَا تَثْبُتُ** في الذِّمَّةِ في جميعِ المُعَامَلَاتِ؛ بدليلِ أنَّها لَا تَثْبُتُ في الذِّمَّةِ قرْضًا، **ولا بيْعًا مطلقًا** إلَّا في السَّلَمِ، أوْ ما هوَ في معنىٰ [١٣/١٨و/د] السَّلَمِ، كَالبَيْعِ **بثيابٍ موصوفةٍ بأجَلٍ**، فليسَ بكثيرٍ أيضًا ذاتًا؛ لأنَّهُ ليسَ بلفْظِ الجمْعِ، فلَمْ يَكُنِ **البيانُ في المعطوفِ بيانًا في**

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ: وَهُوَ الْفَرْقُ أَنَّهُمْ اسْتَثْقَلُوا تِكْرَارَ الدِّرْهَمِ فِي كُلِّ عَدَدٍ، وَاكْتَفُوا بِذِكْرِهِ عَقِيبَ الْعَدَدَيْنِ، وَهَذَا فِيمَا يَكْثُرُ اسْتِعْمَالُهُ، وَذَلِكَ عِنْدَ كَثْرَةِ الْوُجُوبِ بِكَثْرَةِ أَسْبَابِهِ، وَذَلِكَ فِي الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ وَالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ، أَمَّا الثِّيَابُ وَمَا لَا يُكَالُ وَلَا يُوزَنُ لَا يَكْثُرُ وُجُوبُهَا فَبَقِيَ عَلَىٰ الْحَقِيقَةِ، وَكَذَا إِذَا

غاية البيان

المعطوفِ عليه، وقد مَرَّ أن الثِّيَابَ تَثْبُتُ دَيْنًا في الذِّمَّةِ ـ بطريقِ السَّلَمِ، وبطريقِ الثَّمَنِ ـ إذا وُصِفَتْ في أوائلِ البيوعِ عندَ قولِه: (**وَالْأَثْمَانُ الْمُطْلَقَةُ لَا تَصِحُّ إِلَّا أَنْ تَكُونَ مَعْرُوفَةَ الْقَدْرِ وَالصِّفَةِ**).

قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ في باب الإِقْرَارِ بشيءٍ غيرِ مُسمَّىٰ المَبْلَغ مِنْ «**شرح الكافي**»: «ولو قال: لهُ عَلَيَّ مئتا مثقالٍ فضةٍ وذهبٍ؛ فعليه مِن كُلِّ واحدٍ منهما النِّصْفُ؛ لأَنَّهُ جعلَ الواجبَ منهما جميعًا مِن غيرِ تفصيلٍ، فيَتَنَصَّفُ، والقولُ في الجودةِ والرداءةِ قولُه.

قيل [١٥٣/٦ظ/م]: هذا علىٰ قولِ أبي يوسفَ ومحمدٍ؛ لأَنَّهُ إذا أَقَرَّ بألفٍ مِن ثَمَنِ مَبِيعٍ، ثُمَّ قالَ: هيَ زُيُوفٌ؛ يُصَدَّقُ إذا وَصَلَ.

وعندَ أبي حَنِيفَةَ: لَا يُصَدَّقُ وَصَلَ أم فَصَلَ[1]، وقيلَ: هذا بالاتفاقِ؛ لأَنَّ أبا حَنِيفَةَ إنَّما أَوْجَبَ عليْهِ الجِيَادَ؛ لأَنَّهُ أَقَرَّ بثَمَنِ المَبِيعِ، والسَّلَامَةُ مُسْتحقَّةٌ بقضيةِ البَيْعِ، أمَّا هاهنا أَقَرَّ مطلقًا، والشيءُ يَجِبُ في الذِّمَّةِ تارةً بوَصْفِ السَّلَامَةِ، وتارةً لَا بذلكَ الوَصْفِ، فكانَ مجهولًا، فيَصِيرُ إلىٰ بيانِه.

وقيلَ: المرادُ بهِ: الجَوْدةُ والرَّداءةُ مِنْ حيثُ اللونُ؛ لأَنَّ النُّقْرةَ بأصْلِ التخْليقِ

---

(١) ينظر: «الأصل» [٢٢٤/٨]، «المبسوط» [٢٢/١٨]، «الاختيار لتعليل المختار» [١٣٦/٢]، «تبيين الحقائق» [١٨/٥]، «الجوهرة النيرة» [٢٥٤/١]، «تكملة البحر الرائق» [٢٥٣/٧]، «رد المحتار» [٦٠٨/٢].

قَالَ: مِائَةٌ وَثَوْبَانِ لِمَا بَيَّنَّا بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: مِائَةٌ وَثَلَاثَةُ أَثْوَابٍ؛ لِأَنَّهُ ذَكَرَ عَدَدَيْنِ مُبْهَمَيْنِ وَأَعْقَبَهَا تَفْسِيرًا؛ إِذِ الْأَثْوَابُ لَمْ تُذْكَرْ بِحَرْفِ الْعَطْفِ فَانْصَرَفَ إِلَيْهِمَا لِاسْتِوَائِهِمَا فِي الْحَاجَةِ إِلَى التَّفْسِيرِ فَكَانَ كُلُّهَا ثِيَابًا.

قَالَ: وَمَنْ أَقَرَّ بِتَمْرٍ فِي قَوْصَرَّةٍ؛ لَزِمَهُ التَّمْرُ وَالْقَوْصَرَّةُ وَفَسَّرَهُ فِي الْأَصْلِ بِقَوْلِهِ: غَصَبْتُ تَمْرًا فِي قَوْصَرَةٍ.

غاية البيان

قدْ تَكُونُ بيضاء، وقدْ يَكُونُ فيها نوعُ سَوادٍ، ولا يُرِيدُ بهِ: الجَوْدةَ والرداءةَ مِنْ [١٣/١٨ظ/د] حيثُ العِيَارُ والغِشُّ.

وكذا هذا في جميعِ ما يُقِرُّ بهِ مِن الكَيْلِ، والوَزْنِ، والثِّيَابِ وغيرِها قَرْضًا، أوْ سَلَمًا، أوْ غَصْبًا، أوْ وَدِيعَةً، أوْ بيعًا، أوْ شِرَاءً، أوْ مهرًا في نِكَاحٍ، أوْ جُعْلًا في خُلْعٍ، أوْ وَصِيَّةً، أوْ كَفَالَةً، أوْ غيرَ ذلكَ؛ لأنَّ هذه أسبابُ الوُجُوبِ، والحُكْمُ متَّحِدٌ في جميعِ ذلكَ.

ولوْ قالَ: لهُ عَلَيَّ كُرٌّ مِنْ حِنْطَةٍ وشَعِيرٍ وسِمْسِمٍ؛ كانَ مِن كُلِّ واحدٍ منهنَّ الثلثُ؛ لأنَّهُ فَسَّرَ الكُرَّ الواجبَ بهذه الأجناسِ الثلاثةِ، فيقتَضِي الإبهامَ بالسَّوِيَّةِ». كذا ذكرَ شيخُ الإسلامِ الأَسْبِيْجَابيُّ رحمه الله.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ أَقَرَّ بِتَمْرٍ فِي قَوْصَرَّةٍ؛ لَزِمَهُ التَّمْرُ وَالْقَوْصَرَّةُ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في **«مختصرِهِ»**[1].

وقالَ صاحبُ «الهداية»: (وَفَسَّرَهُ فِي «الْأَصْلِ» بِقَوْلِهِ: غَصَبْتُ تَمْرًا فِي قَوْصَرَّةٍ)، وكذلك الحُكْم إذا قال: غصبْتُ الطعامَ في السَّفِينَة، أو قال: **غصَبْتُ** الحِنْطَةَ في الجُوَالِق؛ حيثُ يلزمه الظَّرْف والظروفُ جميعًا.

قالَ شيخُ الإسلامِ أبو بكرٍ المعروفُ بخُوَاهَر زَادَه **في «مبسوطِهِ»: «ولو أقَرَّ أنَّهُ**

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٩٨].

وَوَجْهُهُ أَنَّ الْقَوْصَرَةَ وِعَاءٌ لَهُ وَظَرْفٌ لَهُ، وَغَصْبُ [٨٣/و] الشَّيْءِ وَهُوَ مَظْرُوفٌ لَا يَتَحَقَّقُ بِدُونِ الظَّرْفِ فَيَلْزَمَانِهِ، وَكَذَا الطَّعَامُ فِي السَّفِينَةِ وَالْحِنْطَةُ فِي

غاية البيان

غَصَبَ ثوبًا في منديلٍ؛ كانَ مُقِرًّا [٣٨٦/٢و] بالثوبِ والمنديلِ، ويُرْجَعُ في البيانِ إليه؛ لأنَّ كلمةَ: «في» للظَّرْفِ، يُقَالُ: جعلْتُ الدُّرَّةَ في الحُقَّة[1]، والحِنْطَةَ في الجُوَالِق، وقدْ أمْكَنَ العملُ بحقيقتِه على موافقةِ العادةِ الجَارِيَةِ فيما بينَ الناسِ؛ لأنَّهُ في غالبِ العادةِ يُجْعَلُ المنديلُ ظرفًا للثَّوْبِ.

وإذا أمْكَنَ العملُ بحقيقتِه وجَبَ اعتبارُه [١٩/١٣و/د]، فإذا وجَبَ اعتبارُه؛ فهذا أقَرَّ بغَصْبِ ثوبٍ مظروفٍ في منديلٍ، ولا يُتصَوَّرُ غَصْبُ ثوبٍ مظروفٍ في منديلٍ إلَّا بغَصْبِ الثَّوْبِ والمنديلِ جميعًا، فإنَّه متى غَصَبَ الثَّوْبَ دونَ المنديلِ؛ لَا يَكُونُ غاصبًا لثوبٍ مظروفٍ في المنديلِ، فصارَ مقرًّا بغَصْبِ ثوبٍ ومنديلٍ، إلَّا أنَّهُ لَمْ يُعَيِّنِ الثَّوْبَ والمنديلَ، فيُرْجَعُ في البيانِ إليه.

وكذلكَ لوْ قالَ: غصبتُك عشرةَ أثوابٍ في عَيْبةٍ[2]؛ كانَ مُقِرًّا بغَصْبِ عشرةِ [١٥٤/٦و/م] أثوابٍ وعَيْبةٍ، فيَرْجِعُ في البيانِ إليهِ لِمَا ذَكَرْنا في غَصْبِ الثَّوْبِ والمنديلِ، وكذلكَ الحُكْمُ في غَصْبِ التمرِ في القَوْصَرَّةِ؛ لأنَّ إيقاعَ فِعْلِ الغَصْبِ على التمرِ فيها لَا يَكُونُ بدونِها، فيلْزمانِه».

وقالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّين الأَسْبِيْجَابيُّ في «**شرحِ الكافي**»: ولوْ قالَ: غصبتُك كذا وكذا، أوْ كذا مع كذا، أوْ قالَ: كذا بكذا، أوْ قالَ: كذا عليْهِ كذا؛ لزماه جميعًا؛ لأنَّ هذه الألفاظَ تقتضِي إلصاقَ أحدِهما بالآخرِ، وضَمَّه إليه، فيَردُ عليهما الغَصْبُ دفعةً واحدةً، ولو قالَ: كذا مِن كذا، أوْ كذا على كذا؛ لزمَه الأولُ

(١) **الحُقَّةُ**: وعَاء مِن خَشَبٍ أَو عاج أَو غَيرِهِما. ينظر: «تاج العروس» للزَّبيدي [١٧٢/٢٥/ مادة: حقق].

(٢) **العَيْبَةُ** ـ كبَيْضَةٍ ـ: وعاءٌ مِن أَدَمٍ يُجْعل فيه المتاع والثِّياب. ينظر: «الطراز الأول» لابن معصوم [٣٤١/٢].

الْجَوَالِقِ، بخلافِ مَا إِذَا قَالَ: غَصَبْتُ مِنْ قَوْصَرَّةٍ؛ لِأَنَّ كَلِمَةَ مِنْ لِلانْتِزَاعِ، فَيَكُونُ الْإِقْرَارُ بِغَصْبِ الْمَنْزُوعِ.

غاية البيان

فقط؛ لأَنَّهُ يَقْتَضِي الانفصالَ والتميُّزَ، لَا الجَمعَ بينهما [١٣/١٩ظ/د] في حقِّ وُرُودِ الغَصْبِ عليهما.

ولو قالَ: غصبتُك كذا في كذا، والثاني مما يَكُونُ وعاءً للأولِ؛ لزماه، نحو: ثوبٍ في منديلٍ، وطعامٍ في سَفِينَةٍ، وما أشبَهَ ذلكَ؛ لأَنَّهُ مَظْروفُه في حالةِ ورُودِ الغَصْبِ عليه، فيَرِدُ على ظَرْفِه ضَرُورَةً، وإنْ كانَ الثاني ممَّا لَا يَكُونُ وعاءً للأولِ، نحو قولِه: غصبتُك درهمًا في درهمٍ؛ لَمْ يَلْزَمْه الثاني؛ لأنَّ الدرهمَ لَا يصْلُحُ ظرفًا لدرهمٍ مِثْلِه، وإنْ كانَ ممَّا لَا يَكُونُ في وسطِه، نحو قولِه: غصبْتُك ثوبًا في عشرةِ أثوابٍ، فيهِ خلافٌ بينَ أبي يوسفَ ومحمدٍ، وسيَجِيءُ بيانُه بعدَ هذا.

القَوْصَرَّة: وعاءٌ للتمْر منسوجٌ مِن قَصَبٍ. قالَ صاحبُ «الجمهرةِ»: أمَّا القَوْصَرَّةُ، فأحسبُها دخِيلًا، وقد رُوِيَ:

أَفْلَحَ مَنْ كانَتْ لَهُ قَوْصَرَّهْ * يَأْكُلُ مِنْهَا كُلَّ يَوْمٍ مَرَّهْ[١]

ثُمَّ قالَ[٢]: «ولَا أدري ما صحةُ هذا البيتِ»[٣].

قولُه: (بخلافِ مَا إِذَا قَالَ: غَصَبْتُ مِنْ قَوْصَرَّةٍ)؛ لأنَّ كلمةَ «مِن» للانتزاعِ.

ووجْهُه: أنَّ كلمةَ «مِن» تُسْتَعْمَلُ للتبعيضِ والتمْييزِ، فيَكُونُ الانتزاعُ لازمَتَهما، لَا أنَّ معناه: أنّ «مِن» موضوعةٌ للانتزاعِ، وكذا إذا قالَ: طعامًا مِنْ بيتٍ، أوْ مِن ظَهْرِ دَابَّةٍ.

(١) البيتُ منسوب لعَلِيّ بن أبي طالب رضي الله عنه. ينظر: «الاقتضاب في شرح أدب الكتاب» لابن السِّيد البَطَلْيَوسِيِّ [٢٣١/٣]. و«الإبانة في اللغة العربية» للعَوْتبي [٧٤٣/٢].

(٢) أي: ابن دريد رحمه الله.

(٣) ينظر: «جمهرة اللغة» لابن دريد [٧٤٣/٢].

قَالَ: وَمَنْ أَقَرَّ بِدَابَّةٍ فِي إِصْطَبْلٍ؛ فَلَهُ[1] الدَّابَّةُ خَاصَّةً؛ لِأَنَّ الإِصْطَبْلَ غَيْرُ مَضْمُونٍ بِالْغَصْبِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وأبي يُوسُفَ، وَعَلَىٰ قِيَاسِ قَوْلِ مُحَمَّدٍ: يَضْمَنُهُمَا، وَمِثْلُهُ الطَّعَامُ فِي الْبَيْتِ.

قَالَ: وَمَنْ أَقَرَّ لِغَيْرِهِ بِخَاتَمٍ؛ فَلَهُ الْحَلَقَةُ وَالْفَصُّ؛ لِأَنَّ اسْمَ الْخَاتَمِ يَشْتَمِلُ الْكُلَّ.

غاية البيان

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ أَقَرَّ بِدَابَّةٍ فِي إِصْطَبْلٍ؛ لَزِمَهُ الدَّابَّةُ خَاصَّةً)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصرِهِ»[2]، وذلك لأنَّ غَصْبَ العَقَارِ لَا يتحَقَّقُ عندَ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ، فلَا يَلْزَمُه إلَّا الدَّابَّةُ.

وعندَ محمدٍ: العَقَارُ يُضْمَنُ بِالْغَصْبِ، فيلزمانِه.

قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ في «شرحِ الكافي»: «ولوْ قالَ: غصبتُك مئةَ كُرٍّ حِنْطَةٍ في بيتٍ؛ ضَمِنَ الطعامَ والبيتَ [١٣/٢٠و/د] في قولِ محمدٍ؛ لأنَّهُ يرىٰ الغَصْبَ في البيتِ، وأبو حَنِيفَةَ وأبو يوسفَ لَا يَرَيانِه، فيَضْمَنُ الطعامَ لَا غيرَ.

ولوْ قالَ: غصبتُك البيتَ بالطعامِ، ولَمْ أُحَوِّلْه؛ لَمْ يُصَدَّقْ، وأُخِذَ بهما جميعًا في قولِ محمدٍ؛ لأنَّهُ أقَرَّ بِالْغَصْبِ في الحِنْطَةِ، وذلكَ لَا يَكُونُ إلَّا بالنقلِ، فإذا [٦/١٥٤ظ/م] قالَ: لَمْ أُحَوِّلِ الطعامَ، فقدْ أنكَرَ بعدما أقَرَّ، فلَا يُصَدَّقُ.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ أَقَرَّ لِغَيْرِهِ بِخَاتَمٍ؛ فله الْحَلَقَةُ وَالْفَصُّ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصرِهِ»[3]، وذلكَ لأنَّ اسمَ الخاتمِ يَتَنَاوَلُ [٢/٣٨٦ظ] الحلْقةَ والفَصَّ جميعًا، ولهذا يَدْخُلُ الفَصّ في بَيْعِ الخاتمِ مِنْ غيرِ تسميةٍ، فإذا تناولهما الاسمُ؛ لزماه جميعًا بالإقرارِ.

---

(١) في حاشية الأَصْل: «خ: لزمه».
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٩٨].
(٣) ينظر: المصدر السابق [ص/٩٩].

وَمَنْ أَقَرَّ له بِسَيْفٍ؛ فَلَهُ النَّصْلُ، وَالْجَفْنُ، وَالْحَمَائِلُ؛ لِأَنَّ الِاسْمَ يَنْطَوِي عَلَى الْكُلِّ.

وَمَنْ أَقَرَّ بِحَجَلَةٍ؛ فَلَهُ الْعِيدَانُ وَالْكِسْوَةُ؛ لِانْطِلَاقِ الِاسْمِ عَلَى الْكُلِّ عُرْفًا.

وَإِنْ قَالَ: غَصَبْتُ ثَوْبًا فِي مِنْدِيلٍ؛ لَزِمَاهُ جَمِيعًا؛ لِأَنَّهُ ظَرْفٌ؛ لِأَنَّ الثَّوْبَ يُلَفُّ فِيهِ.

وَكَذَا لَوْ قَالَ: عَلَيَّ ثَوْبٌ فِي ثَوْبٍ؛ لِأَنَّهُ ظَرْفٌ. بِخِلَافِ قَوْلِهِ: دِرْهَمٌ فِي

﴿ غاية البيان ﴾

قولُه: (وَمَنْ أَقَرَّ له بِسَيْفٍ؛ فَلَهُ النَّصْلُ، وَالْجَفْنُ، وَالْحَمَائِلُ)، هذا لفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصرِه»[1]؛ لأنَّ الاسمَ يَتَنَاولُ الجميعَ عُرفًا، فلزمَه الجميعُ.

وَالْجَفْنُ: غِمْدُ السَّيْفِ.

قولُه: (وَمَنْ أَقَرَّ بِحَجَلَةٍ؛ فَلَهُ الْعِيدَانُ وَالْكِسْوَةُ)؛ لأنَّ اسم الحَجَلةِ يَتَنَاوَلُ جميعَ ذلك عُرْفًا، فيَلْزَمُه الجميعُ.

قالَ في «الصِّحَاحِ»: «الحَجَلَةُ: بيْتٌ يُزَيَّنُ بالثِيابِ والأَسِرَّةِ»[2].

قالَ في «الجمهرةِ»: «حَجَّلْتُ العروسَ؛ إذا اتَّخذْتَ لها حَجَلَة»[3].

قولُه: (وَإِنْ قَالَ: غَصَبْتُ ثَوْبًا فِي مِنْدِيلٍ؛ لَزِمَاهُ [١٣/٢٠ظ/د] جَمِيعًا)، هذا لفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصرِه»[4]، وقد مَرَّ بيانُه.

قولُه: (وَكَذَا لَوْ قَالَ: عَلَيَّ ثَوْبٌ فِي ثَوْبٍ)، أي: يَلْزَمُه الثوبانِ جميعًا؛ لأنَّهُ أقَرَّ بغَصْبِ ثوبٍ مظروفٍ في ثوبٍ، ولا يتَحَقَّقُ ذلكَ إلَّا بغَصْبِهما جميعًا.

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٩٩].

(٢) ينظر: «الصحاح في اللغة» للْجَوْهَري [٤/١٦٦٧/ مادة: حجل].

(٣) ينظر: «جمهرة اللغة» لابن دريد [١/٤٤٠].

(٤) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٩٩].

دِرْهَمٍ حَيْثُ يَلْزَمُهُ وَاحِدٌ ؛ لِأَنَّهُ ضَرْبٌ لَا ظَرْفٌ.

وَإِنْ قَالَ: ثَوْبٌ فِي عَشَرَةِ أَثْوَابٍ ؛ لَمْ يَلْزَمْهُ إِلَّا ثَوْبٌ وَاحِدٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ. وقالَ مُحَمَّدٌ: لَزِمَهُ أَحَدَ عَشَرَ ثَوْبًا ؛ لِأَنَّ النَّفِيسَ مِنَ الثِّيَابِ قَدْ يُلَفُّ فِي عَشَرَةِ أَثْوَابٍ، فَأَمْكَنَ حَمْلُهُ عَلَى الظَّرْفِ. وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ حَرْفَ (فِي) يُسْتَعْمَلُ فِي الْبَيْنِ وَالْوَسَطِ أَيْضًا، قَالَ اللهُ تَعَالَى: ﴿فَٱدۡخُلِي فِي عِبَٰدِي﴾ [الفجر: ٢٩] أي بَيْنَ عِبَادِي، فَوَقَعَ الشَّكُّ، وَالْأَصْلُ بَرَاءَةُ الذِّمَمِ، عَلَى أَنَّ كُلَّ ثَوْبٍ مُوَعًّى وَلَيْسَ بِوِعَاءٍ، فَتَعَذَّرَ حَمْلُهُ عَلَى الظَّرْفِ فَتَعَيَّنَ الْأَوَّلُ مَحْمَلًا.

غاية البيان

قالَ شيخُ الإسلامِ خُوَاهَر زَادَه في «مبسوطِهِ»: «لوْ قالَ: غصبتُك ثوبَ يهوديٍّ في زُطِّيٍّ[1]؛ كانَ مُقِرًّا بغَصْبِ يهوديٍّ وزُطِّيٍّ، وذلكَ لأنَّه أقَرَّ بغَصْبِ ثوبِ يهوديٍّ مظروفًا في زُطِّيٍّ، ولا يُتصَوَّرُ غَصْبُ اليَهُودِيِّ مظروفًا في زُطِّيٍّ إلَّا بعدَ غَصْبِهما.

قولُه: (وَإِنْ قَالَ: ثَوْبٌ فِي عَشَرَةِ أَثْوَابٍ ؛ لَمْ يَلْزَمْهُ إِلَّا ثَوْبٌ وَاحِدٌ عِنْدَ أبي يوسفَ.

وقالَ مُحَمَّدٌ: لَزِمَهُ أَحَدَ عَشَرَ ثَوْبًا)[2]، هذا لفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصرِهِ»[3].

وَجْهُ قول محمدٍ: أنَّ كلمةَ: «في»، حقيقتُها للظَّرْفِ، وقدْ أمْكَنَ العملُ

(١) الزُّطِّيُّ: مَنْسُوب إِلَى الزُّطِّ، والزُّطُّ: جِنْسٌ كَالرُّوم، والْهِنْد، والْحَبَش، والتُّرْك. وقيل: الزُّطُّ جِيل مِن الهند، وإليهم تُنْسَب الثياب الزُّطِّيَّة. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٢) قال في التصحيح: وفي نسخة عند أبي حنيفة مكان أبي يوسف، وذكر في الينابيع قول أبي حنيفة مع أبي يوسف، واعتمد قول أبي يوسف الإمام البرهاني والنسفي وأبو الفضل الموصلي وغيرهم. ينظر: «تبيين الحقائق» [١٢/٥]، «البناية» [٤٨٨/٩]، «الجوهرة النيرة» [٢٥٥/١]، «التصحيح والترجيح» [ص٢٥٠]، «درر الحكام» [٣٦٢/٢]، «الدر المختار» [٤٥٥/٤]، «اللباب في شرح الكتاب» [٨٤/٢].

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٩٩].

....

بالحقيقةِ، فلَا يُصَارُ إلى المجازِ، وذلكَ لأنَّ الثَّوْبَ الواحدَ قدْ يُلَفُّ لعِزّتِه في عشرةِ أثوابٍ، أوْ يُلَفُّ فيها إذا كانَ تذكرةً مِنْ إنسانٍ احتياطًا في صيانتِه، **فصارَ مُقِرًّا بغَصْبِ ثوبٍ مظروفٍ في عشرةِ أثوابٍ**، ولا يتَحَقَّقُ ذلكَ إلَّا بغَصْبِ الكلِّ.

ولأبي يوسفَ رحمه الله: أنَّ العادةَ لَمْ تَجْرِ بأنْ يَكُونَ العشرةُ ظرفًا للواحدِ، **فتُتْرَكُ** الحقيقةُ بدلالةِ العادةِ، وتُحْمَلُ كلمةُ: «في» على المجازِ، وتُجْعَلُ بمعنى: البَيْنِ والوسطِ، كما في قولِه تعالى: ﴿فَٱدۡخُلِي فِي عِبَٰدِي﴾ [الفجر: ٢٩]، **فيَصِيرُ كأنه قال: غصبْتُ ثوبًا مِن وسطِ عشرةِ أثوابٍ، فلَا يَلْزَمُه إلَّا واحدٌ.**

ولأنَّ كلمةَ: «في» لَمَّا جاءَ [١٣/٢١و/د] استعمالُها فيما قلْنا ـ كما اسْتُعْمِلَتْ للظَّرْفِ ـ لَمْ يَلْزَمْه إلَّا ثوبٌ واحدٌ؛ لوقوعِ الشكِّ فيما زادَ عليه، والمالُ لَا يَجِبُ بالشكِّ والاحتمالِ؛ لأنَّ الأصلَ في الذِّمَمِ هوَ البَرَاءَةُ [٦/١٥٥و/م]؛ لأنَّها خُلِقَتْ بَرِيَّةً عَرِيَّةً عنِ الحُقُوقِ، فلَا يَجُوزُ شَغْلُها إلَّا بحجَّةٍ قويةٍ، فلَمَّا لَمْ تصْلُحِ العَشَرةُ للظَّرْفِ؛ صارَ كقولِه: غصبتُك درهمًا في درهمٍ، أوْ درهمًا في حِنْطَةٍ، حيثُ لَا يَلْزَمُه الحِنْطَةُ؛ لأنَّهُ خلافُ العادةِ، فكذا هذا.

على أنَّا نَقُولُ: إنَّ كلَّ ثوبٍ مِنَ العشَرةِ مُوعًى. أي: مظروفٌ في حقِّ ما وراءَه، وليسَ بوعاءٍ إلَّا الثَّوْبَ الذي هوَ ظاهرٌ، **فتعَذَّرَ حقيقةُ «في» بأنْ يُجْعَلَ العشرةُ وعاءً للثَّوْبِ الواحدِ**، فتَعَيَّنَ ما قلْنا مِن حَمْلِها على معنى البَيْنِ.

وقالَ الشَّافِعيُّ رحمه الله **في قولِه: «غصبْتُ ثوبًا في منديلٍ، أو تمرًا في قَوْصَرَّة**، ونحو ذلك»: لَا يَلْزَمُه الظَّرْفُ؛ لأنَّهُ أقَرَّ بالمظروفِ دونَ الظَّرْفِ[1]، وقاسَ على دَابَّةٍ في اصطبلٍ، ونخلةٍ في بُسْتَانٍ.

---

(١) ينظر: «الأم» للشافعي [٤/٥٠٥]. و«الحاوي الكبير» للماوردي [٧/٢٥]. و«روضة الطالبين» للنووي [٤/٣٨١].

وَلَوْ قَالَ: لِفُلَانٍ عَلَيَّ خَمْسَةٌ فِي خَمْسَةٍ، يُرِيدُ: الضَّرْبَ وَالْحِسَابَ؛ لَزِمَتْهُ خَمْسَةٌ؛ لِأَنَّ الضَّرْبَ لَا يُكَثِّرُ الْمَالَ. وَقَالَ الْحَسَنُ رحمه الله: يَلْزَمُهُ خَمْسَةٌ وَعِشْرُونَ،

والجوابُ: أن فِعْلَ الغَصْبِ لَا يُمْكِنُ إيقاعُ الفعلِ في الثَّوْبِ الملفوفِ دونَ ظَرْفِه، أوْ في التمرِ في القَوْصَرَّةِ دونَ القَوْصَرَّةِ، وفي الأصلِ: يُمْكِنُ إيقاعُ الفعلِ في الدَّابَّةِ دونَ محلِّها، فلذلكَ لَمْ يَدْخُلْ في ضمانِه، فبَطَلَ القياسُ، ويَبْطُلُ أيضًا بما لوْ قالَ: غصبْتُ ثوبًا في لفافةٍ.

قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّين الأَسْبِيْجَابيُّ في «**شرحِ الكافي**»: «ولوْ أقرَّ أنَّهُ غَصبَه ثوبًا [٢١/١٣ظ/د] مِن عَيْبةٍ، أوْ تمرًا مِنْ قَوْصَرَّةٍ، أوْ طعامًا مِن بيتٍ، أوْ مِن ظهْرِ دَابَّةٍ؛ ضَمِنَ الثَّوْبَ، والتَّمْرَ، والطعامَ، دونَ العَيْبةِ، والقَوْصَرَّةِ، والبيتِ [٢/٣٨٧و]، والدَّابَّةِ؛ لأنَّهُ ما أقرَّ بغَصْبِ هذه الأشياءِ؛ لأنَّ الغَصْبَ منها لَا يَدُلُّ على غَصْبِها».

قولُه: (وَلَوْ قَالَ: لِفُلَانٍ عَلَيَّ خَمْسَةٌ فِي خَمْسَةٍ، يُرِيدُ: الضَّرْبَ وَالْحِسَابَ؛ لَزِمَهُ خَمْسَةٌ)، هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «**مختصرِهِ**»[1].

قالَ صاحبُ «الهدايةِ»: (وقالَ الْحَسَنُ: يَلْزَمُهُ خَمْسَةٌ وَعِشْرُونَ).

أرادَ به: الحسنَ بنَ زيادٍ صاحبَ أبي حَنِيفَةَ، ومذهبُ زُفَرَ مِثْلُ قولِ الحسنِ. كذا في كتابِ «**التقريبِ**».

وَجْهُ قولِ زُفَرَ: أنَّ قولَه: خمسٌ في خمسٍ، يُعَبَّرُ بهِ في العادةِ عنْ خمسةٍ وعشرينَ، فصارَ لخمسةٍ وعشرينَ عبارتان، فيَلْزَمُه بأحدِهما ما يَلْزَمُه بالأخرىٰ.

ولنا: أنَّ الخمسةَ لَا تَصيرُ خمسةً وعشرينَ إلَّا بضَمِّ عددٍ إليها ليسَ بمذكورٍ في لفْظِه، فلَمْ يَجُزْ إلزامُه، ولأنَّ «في» قد يُذْكَرُ علىٰ وَجْهِ الشَّرْطِ، وذلك لَا يَصِحُّ في الإِقْرار، وقد تُذْكَرُ بمعنىٰ «مع»، كقولِه تعالىٰ: ﴿فَٱدۡخُلِي فِي عِبَٰدِي﴾ [الفجر: ٢٩].

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٩٩].

. . . .

وقدْ تَكُونُ بمعنى «على»، كقوله تعالى: ﴿وَلَأُصَلِّبَنَّكُمْ فِي جُذُوعِ﴾ [طه: ٧١].

وقدْ تَكُونُ بمعنى الظَّرْفِ، وذلكَ لَا يَصِحُّ في الدراهمِ، وقدْ تَكُونُ بمعنى الضرْبِ والحسابِ، وذلكَ في الحقيقةِ يتأتَّى فيما لهُ مساحةٌ، وَأَمَّا الأعدادُ: فلَا مساحةَ لها، فلَا يَصِحُّ فيها الضرْبُ، وإنما تُذْكَرُ[1] على وَجْهِ التشبيهِ بما لهُ مساحةٌ، ومعناهُ: خمسةُ [٦/١٥٥ظ/م] دراهمَ إذا ضُمَّتْ إلى مثلِها أربعَ مراتٍ؛ كانَتْ خمسةً [١٣/٢٢و/د] وعشرينَ، وذلك لَمْ يتَضَمَّنْه لفْظُ الإِقْرَارِ، فلَا يَلْزَمُه.

قالَ الشيخُ الإمامُ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ في «**شرحِ الكافي**» ـ في بابِ الإِقْرَارِ بألفاظٍ مختلفةٍ ـ: «قال أبو حَنِيفَةَ رحمه الله: إذا قالَ: لفلانٍ عَلَيَّ عشرةُ دراهمَ في عشرةِ دراهمَ؛ فعليه العشرةُ الأُولى؛ لأنَّ كلمة «في» تُسْتَعْمَلُ للظَّرْفِ، والعشرةُ لَا تصْلُحُ ظرْفًا لعشرةٍ أُخرى، فلغَا قولُه: في عشرة، وبَقِيَ قوله: لفلانٍ عَلَيَّ عشرة، وكذلكَ لوْ قالَ: في عشرةِ دنانيرَ، إلَّا أن يَقُولَ: عنيْتُ هذه وهذه؛ لأنَّ كلمةَ «في» تُذْكَرُ ويُرَاد بها «مع»، قالَ اللهُ تعالى ﴿فَٱدۡخُلِي فِي عِبَٰدِي﴾ [الفجر: ٢٩]، أي: مع عبادي، ولكنها خلافُ الظاهرِ، فلَا يَنْصَرِفُ إليها إلَّا بالنيَّةِ.

ولوْ قالَ: عَلَيَّ درهمٌ في قَفِيزِ حِنْطَةٍ؛ لزِمَه الدرهمُ، **والقَفِيزُ بَاطِلٌ؛ لأنَّ القَفِيزَ** وإنْ صلَحَ ظرْفًا للدرهمِ، لكنَّه التزمَ المظروفَ دونَ الظَّرْفِ، **فلَا يَلْزَمُه الظَّرْفُ**».

وبيانُه ما قالَ خُوَاهَرَ زَادَه: أنَّهُ أقرَّ بدرهمٍ في الذِّمَّةِ، **وما في الذِّمَّةِ لَا يُتَصَوَّرُ** أنْ يَكُونَ مظروفًا في شيءٍ آخرَ، ولوْ قالَ: لهُ عَلَيَّ **قَفِيزُ حِنْطَةٍ في درهمٍ؛ لزِمَه القَفِيزُ** وبَطَلَ الدرهمُ؛ لأنَّ الدرهمَ لَا يصْلُحُ ظرْفًا له.

وكذلكَ لوْ قالَ: لهُ عَلَيَّ فَرَقُ[2] زيتٍ **في عشرةِ مَخَاتِيمَ حِنْطَةٍ؛ لزمه الزَّيْتُ**،

---

(١) وقع بالأصل: «وإنما ذكر». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

(٢) **الفَرَقُ**: مكيال يسع ستة عشر رطلًا. ينظر: «**التعريفات الفقهية**» للبركتي [ص/١٦٤].

وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي الطَّلَاقِ.

ولو قَالَ: أَرَدْتُ خَمْسَةً مَعَ خَمْسَةٍ لِزَمَهُ عَشْرَةٌ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ يَحْتَمِلُهُ.

غاية البيان

والحِنْطَةُ بَاطِلٌ؛ لأنَّها لَا تَصْلُحُ ظَرْفًا. كذا في «**شرحِ الكافي**».

قولُه: (وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي الطَّلَاقِ)، أي: في بابِ إيقاعِ الطَّلَاقِ، ولَمْ يَذْكُرْ هذه المسألةَ [١٣/٢٢٢ظ/د] صاحبُ «**الهداية**» ثَمَّةَ صريحًا، بلْ فُهِمَ ذلكَ بالإشارةِ مِن الخلافِ الواقعِ بيننا وبينَ زُفَرَ في قولِه: أنتِ طالقٌ ثنتَيْنِ في ثنتَيْنِ، وقدْ أرادَ الضربَ والحسابَ، فعندنا: يقَع ثنتان، وعنده: ثلاثٌ، وإنما ذكرَ مسألةَ الإِقْرَارِ صريحًا في كتابِ الطَّلَاقِ في «**شروحِ الجامعِ الصغيرِ**».

قالَ في «شرحِ الكافي»: لوْ قالَ: لهُ عَلَيَّ درهمٌ مع درهمٍ، أوْ معه درهمٌ؛ لزمَه درهمانِ؛ لأنَّ كلمةَ: «مع» للجَمْعِ، فصارَ كأنَّه قالَ: لهُ عَلَيَّ درهمانِ، وكذلكَ لوْ قالَ: قبْلَه درهمٌ، أوْ بعْدَه درهمٌ؛ لأَنَّهُ إخبارٌ عنْ حالةِ الوُجُوبِ؛ فقدْ أَقَرَّ بوجوبِ درهمٍ آخرَ سابقًا عليه، أوْ متأخِّرًا عنه، فيُؤْخَذُ به، وإنْ قالَ: درهمٌ فدرهمٌ، أوْ درهمٌ ودرهمٌ؛ لزماه جميعًا؛ لأنَّها تقتضِي الجمْعَ والمقارَنةَ في الوُجُوبِ، ولوْ قالَ: لهُ عَلَيَّ درهمٌ درهمٌ؛ لزمَه درهمٌ واحدٌ.

فَرَقَ بينَ هذا وبينَ [ما][1] **إذا قالَ لامرأتِه**: أنتِ طالقٌ طالقٌ، حيثُ يقع ثنتانِ؛ لأنَّ الإِقْرَارَ إخبارٌ، فيُجْعَلُ [٢/٣٨٧ظ] الثاني مُؤكِّدًا للأوَّلِ، والطَّلَاقُ إنشاءٌ، والتأكيدُ لَا يَدْخُلُ [٦/١٥٦و/م] في الإنشاءِ، فكانَ الثاني غيرَ الأولِ، فاقتضَىٰ وقوعَ طلاقٍ آخرَ.

ولوْ قالَ: لهُ عَلَيَّ درهمٌ بدرهمٍ؛ لزمَه درهمٌ؛ لأنَّ الباءَ للبدَلِيَّةِ. يَعْنِي: عِوَضُه درهمٌ، فقدْ أخبرَ أنَّ الوُجُوبَ كانَ بطريقِ المُعَاوَضَةِ، وكذلكَ لوْ قالَ: لهُ عَلَيَّ درهمٌ علىٰ درهمٍ؛ لأَنَّهُ وصَفَ الأولَ بالوجوبِ، والثانيَ بكونِه موضعًا له، فلَا يَتَّصِفُ

(١) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

وَلَوْ قَالَ: لَهُ عَلَيَّ مِنْ دِرْهَمٍ إِلَىٰ عَشَرَةٍ، أَوْ قَالَ: مَا بينَ دِرْهَمٍ إِلَىٰ عَشَرَةٍ؛ لَزِمَتْهُ تِسْعَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ؛ فَيَلْزَمُهُ الِابْتِدَاءُ وَمَا بَعْدَهُ [٨٣/ظ]، وَتَسْقُطُ الْغَايَةُ، وَقَالَا: يَلْزَمُهُ الْعَشَرَةُ كُلُّهَا فَتَدْخُلُ الْغَايَتَانِ، وَقَالَ زُفَرُ: يَلْزَمُهُ ثَمَانِيَةٌ وَلَا تَدْخُلُ الْغَايَتَانِ.

غاية البيان

الثاني بالوجوبِ؛ فَيَلْزَمُهُ درهمٌ واحدٌ.

ولوْ قالَ: لهُ عَلَيَّ درهمٌ، ثُمَّ درهمانِ؛ لزِمَه ثلاثةُ دراهمَ؛ لأَنَّهُ أقَرَّ بوجوبِ الدرهمِ سابقًا علىٰ وجوبِ [١٣/٢٣و/د] الدرهمينِ؛ فيَلْزَمُه ثلاثةُ دراهمَ. وهذه المسائلُ ذكرْناها تكثيرًا للفوائدِ.

وفي قولِه: «درهمٌ فدرهمٌ» عندَ الشَّافِعِيِّ رحمه الله: يَلْزَمُه درهمٌ واحدٌ[١]، وقدْ عُرِفَ ذلكَ في «أصولِ فخرِ الإسلامِ»[٢]، وغيرُه في بابِ حروفِ المعاني.

قولُه: (وَلَوْ قَالَ: لهُ عَلَيَّ مِنْ دِرْهَمٍ إِلَىٰ عَشَرَةٍ، أَوْ قَالَ: مَا بينَ دِرْهَمٍ إِلَىٰ عَشَرَةٍ؛ لَزِمَتْهُ تِسْعَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ؛ فَيَلْزَمُهُ الِابْتِدَاءُ وَمَا بَعْدَهُ، وَتَسْقُطُ الْغَايَةُ.

وَقَالَا: يَلْزَمُهُ الْعَشَرَةُ كُلُّهَا)، وهذه مِن مسائلِ القُدُورِيِّ[٣].

وعند زُفَرَ: يَلْزَمُه ثمانيةٌ[٤].

وعلىٰ هذا الخلافِ إذا قالَ: أنتِ طالقٌ مِنْ واحدةٍ إلىٰ ثلاثٍ، فعندَ أبي حَنِيفَةَ: تَقَعُ ثنتانِ. وعندَهما: يَقَعُ الثلاثُ. وعندَ زُفَرَ: تَقَعُ واحدةً؛ لأنَّ الحَدَّ لَا

(١) ينظر: «الأم» للشافعي [٧/٥٤٥]. و«الحاوي الكبير» للماوردي [٧/٥٥]. و«التنبيه في الفقه الشافعي» للشيرازي [ص/٢٧٥].
(٢) ينظر: «أصول البزدوي» [ص/٩٧].
(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٩٩].
(٤) وهذا أصح الأقاويل عند المحبوبي والنسفي. ينظر: «الأصل» [٨/٢٩٢]، «الجامع الصغير» [ص٤١٧]، «مختصر الطحاوي» [ص ١١٤]، «شرح مختصر الطحاوي» [٣/٢٩٩]، «المبسوط» [١٨/٨٧]، «تحفة الفقهاء» [٣/١٩٩]، «بدائع الصنائع» [٦/٢٤٠)، «عمدة الرعاية» [٨/٢٦٥]، «التصحيح والترجيح» [ص٢٤٩]، «رد المحتار» [٥/٥٩٩]، «اللباب في شرح الكتاب» [٢/٨١].

وَلَوْ قَالَ: لَهُ مِنْ دَارِي مَا بَيْنَ هَذَا الْحَائِطِ إِلَىٰ هَذَا الْحَائِطِ فَلَهُ مَا بَيْنَهُمَا، وَلَيْسَ لَهُ مِنَ الْحَائِطَيْنِ شَيْءٌ، وَقَدْ مَرَّتْ الدَّلَائِلُ فِي الطَّلَاقِ.

غاية البيان

يَدْخُلُ تحتَ المَحْدُودِ، كما في قولِه: بعْتُ مِنْ هذا الحائطِ إلىٰ هذا الحائطِ.

وعندَهما: تَدْخُلِ الغايتانِ جميعًا؛ لأنَّ الغايةَ قدْ تَخْرُجُ مِنَ الكلامِ، وقدْ لَا تَخْرُجُ، فلَا يسْقُطُ بالشكِّ ما تضَمَّنَه لفْظُه.

ولأبي حَنِيفَةَ رحمه الله: أنَّ الابتداءَ لوْ سقَطَ؛ لصارَ ما بعْدَه ابتداءً، وذلك لَا يَصِحُّ؛ لأنَّ ما بعْدَه ليسَ بابتداءٍ، فلذلكَ لزِمَه الابتداءُ، ولَمْ يسْقُطْ، ولأنَّ ما يَبْتَدِئُ الإنسانُ هوَ المَقْصُودُ مِنَ الكلامِ، وما بعْدَه فَرْعٌ عليه، فلَمْ يَجُزْ إسقاطُ المَقْصُودِ مِنَ الكلامِ.

وَأَمَّا الغايةُ: فلَا حاجةَ إليها؛ ليَكُونَ ما بعْدَها مَبْنِيًّا عليها، وهيَ قدْ تَدْخُلُ في الكلامِ، وقدْ لَا تَدْخُلُ، فلَا يَجُوزُ إثباتُها بالشكِّ، وقدْ بَيَّنَّا أتمَّ مِنْ هذا في بابِ إيقاعِ [١٣/٢٣ظ/د] الطَّلَاقِ، وذكَرْنا اعتراضَ الأَصْمَعِيِّ علىٰ زُفَرَ وجوابَه أيضًا ثَمَّةَ.

والحاصلُ: أنَّ ما قالَه أبو حَنِيفَةَ في الغايةِ الأُولىٰ: استحسانٌ، وفي الغايةِ الثانيةِ: قياسٌ واستحسانٌ، وما قالا في الغايتيْنِ: استحسانٌ، وما قالَ زُفَر فيهما: قياسٌ. كذا ذكَر خُوَاهَر زَادَه في «مبسوطِه»، لكنْ بغيرِ هذه العبارةِ.

قالَ القُدُورِيُّ في كتاب «التقريب»: «قال أبو حَنِيفَةَ فيمَنْ قالَ: لفلانٍ عَلَيَّ [٦/١٥٦ظ/م] ما بينَ كُرِّ شَعِيرٍ إلىٰ كُرِّ حِنْطَةٍ: لزِمَه كُرُّ شَعِير، وكُرُّ حِنْطَة إلَّا قَفِيزًا، ولَمْ يُجْعَلِ الغايةُ جميعَ الكُرِّ؛ لأنَّ العادة أنَّ الغايةَ لَا تَكُونُ أكثرَ الشيءِ ولا نصْفَه، والكُرُّ عبارةٌ عنْ جملةٍ مِن القُفْزَانِ، فوَجَبَ أن يُعْتَبَرَ الانتهاءُ إلىٰ واحدٍ منها».

ثُمَّ قالَ: «وقدْ حُكِيَ عنْ أبي الحسنِ أنَّهُ قالَ: لوْ قالَ: لهُ عَلَيَّ مِنْ درهمٍ إلىٰ دينارٍ؛ لَمْ يَلْزَمْهُ الدينارُ، وهذا يُوجِبُ أنْ تَكُونَ الغايةُ أكثرَ الشيءِ».

فَصْـلٌ

وَمَنْ قالَ لِحَمْلِ فُلَانَةَ: عَلَيَّ أَلْفُ دِرْهَم ، فَإِنْ قَالَ: أَوْصَىٰ بِهَا لهُ فُلَانٌ ، أَوْ مَاتَ أَبُوهُ فَوَرِثَهُ ؛ فَالْإِقْرَارُ صَحِيحٌ ؛ لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِسَبَبٍ صَالِحٍ لِثُبُوتِ الْمِلْكِ لَهُ ،

غاية البيان

فَصْـلٌ

قولُه: (وَمَنْ قالَ لِحَمْلِ فُلَانَةَ: عَلَيَّ أَلْفُ دِرْهَم ، فَإِنْ قَالَ: أَوْصَىٰ بِهَا لهُ فُلَانٌ ، أَوْ مَاتَ أَبُوهُ فَوَرِثَهُ ؛ فَالْإِقْرَارُ صَحِيحٌ) ، وهذا لفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصرِه»(١).

اعلم: أنَّ الإِقْرَارَ لِمَا في البطنِ على ثلاثةِ أوجهٍ: إنْ بينَ وجهًا يَسْتَقِيمُ به وجوبُ المالِ للجنينِ ؛ صحَّ الإِقْرَارُ ، كما إذا قالَ لِمَا في بطْنِ فلانةٍ: عَلَيَّ [١٣/٢٤و/د] مِنْ جهةِ وَصِيَّةٍ أوصَىٰ بها لهُ فلانٌ بعَيْنِها ، أوْ ميراثٍ ورثها مِنْ أبيه ، أوْ غيره فاستهلَكْتُها عليه ، وصارَ ذلك دَيْنًا للجنينِ عَلَيَّ ، أوْ كانَ [٢/٣٨٨و] لفلانٍ عَلَيَّ ألفُ درهم ، وأَوْصَىٰ بها لِمَا في بطْنِ فلانةَ وماتَ ، أوْ كانَ لأبيه ، أوْ قريبٍ لهُ آخرَ ماتَ وتركَها ميراثًا له ، وذلكَ لأنَّ الإِقْرَارَ صَدَرَ مِنْ أَهْلِه مضافًا إلىٰ محلِّه ، ولَمْ نتيَقَّنْ بكذِبِ ما أَقَرَّ بهِ ، فكانَ صحيحًا ، كما لوْ أقَرَّ بهِ بعدَ الانفصالِ ، وهذا لأنَّ الإِقْرَارَ صَدَرَ مِنْ مُكلَّفٍ مضافًا إلى الجَنِين ، وهوَ أهْلٌ أنْ يَجِبَ لهُ عليْهِ دَيْنٌ بهذا السَّبَبِ ؛ لأنَّهُ أهْلٌ لأنْ يَتَمَلَّكَ المالَ بالميراثِ والوَصِيَّةِ ، وإنْ كانَ لَا يَمْلِكُه بالتجارةِ ، ولَمْ نتيَقَّنْ بكذبِه لجوازِ أن يَكُونَ الأمرُ كما أقَرَّ بهِ.

وإنْ بينَ وجهًا لَا يَسْتَقِيمُ وجوبُ المالِ بهِ للجنينِ ؛ فإنَّه لَا يَصِحُّ إقرارُه ولا يَلْزَمُه شيءٌ ، بأنْ قالَ لِمَا في بطْنِ فلانةَ: عَلَيَّ ألفُ درهمٍ بالبَيْعِ ، أو الإجَارَةِ ، أو الإقْرَاضِ ، فإنَّ الإِقْرَارَ لَمْ يُضَفْ إلىٰ محلِّه ، فإنَّ الجَنِينَ ليسَ مِن أهْلِ أنْ يسْتَحِقَّ دَيْنًا على أحدٍ بالتجارةِ ؛ لأنَّ الجَنِينَ لَا يتَّجِرُ [١٣/٢٤ظ/د] ولا يُتَّجَرُ لهُ.

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٩٩].

ثُمَّ إِذَا جَاءَتْ بِهِ فِي مُدَّةٍ يَعْلَمُ أَنَّهُ كَانَ قَائِمًا وَقْتَ الْإِقْرَارِ لَزِمَهُ، فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ مَيِّتًا فَالْمَالُ لِلْمُوصِي وَالْمُوَرِّثِ حَتَّىٰ يُقَسَّمَ بَيْنَ وَرَثَتِهِ؛ ....

غاية البيان

وإذا لَمْ يَكُنِ الجَنِينُ أَهْلًا لاستحقاقِ الدَّيْنِ بِالسَّبَبِ الذي أقرَّ به؛ كانَ ما أقرَّ بهِ للجنينِ بسببِ التِّجَارَةِ كذبًا بيقينٍ، والكذبُ بيقينٍ لَا يتَعَلَّقُ بهِ حُكْمٌ، فيَكُونُ وجودُه وعدمُه بمنزلةٍ، فكانَ كَمَنْ أقرَّ أَنَّهُ قطعَ يدَ فلانٍ عمدًا أوْ خطأً، ويدُ فلانٍ صحيحةٌ؛ لَا يَلْزَمُه بهذا الإِقْرَارِ شيءٌ؛ لأنَّهُ كذبٌ بيقينٍ، فكذلكَ هذا.

بخلافِ ما لوْ أقرَّ لرضيعٍ أنَّ لهُ عليْهِ ألفُ درهمٍ دَيْن بالبَيْعِ، أو الإِجَارَةِ؛ لأنَّ الرضيعَ [٦/١٥٧و/م] مِنْ أهلِ أنْ يسْتَحقَّ الدَّيْنَ بهذا السَّبَبِ بتجارةِ وليِّه؛ لأنَّهُ يتَّجِرُ لهُ إنْ كانَ لَا يتَّجِرُ هوَ بنفسِه، بخلافِ الجَنِينِ.

وإنْ أقرَّ مطلقًا ولَمْ يفسِّرْ إقرارَه، وهوَ معنىٰ قولِه في المتنِ: (**وَإِنْ أَبْهَمَ الْإِقْرَارَ؛ لَمْ يَصِحَّ عِنْدَ أبي يوسفَ. وقالَ مُحَمَّدٌ: يَصِحُّ**)؛ لأنَّ الأصلَ في كلامِ العاقلِ أنْ يُصحَّحَ مهما أمْكَنَ، وقد أمْكَنَ بالحَمْلِ علىٰ أَنَّهُ استهلكَ مالَ الجَنِينِ، فيُحْمَلُ عليه.

ولأبي يوسفَ: أَنَّهُ لَا يُمْكِنُ تصحيحُ هذا الإِقْرَارِ إلَّا بتعْيينِ جهةٍ، وهوَ الغَصْبُ، أو الجحودُ، وأنه محظورٌ، والسبيلُ فيهِ النفْيُ دونَ التقريرِ، فلَمَّا لَمْ يُمْكِنْ تصحيحُ الإِقْرَارِ؛ صارَ كأنَّه أقرَّ بِدَيْنٍ لبهيمةٍ، فلَمْ يَجُزْ، ولأنَّ مُطْلَقَ الإِقْرَارِ بالمالِ محمولٌ علىٰ الالتزامِ بِالعَقْدِ، فكأنَّه فسَّره بهِ؛ لأنَّ دِينَه وعَقْلَه يَمْنعانِه مِن الاستهلاكِ؛ لأنَّهُ حرامٌ، ويَدْعوانِه إلىٰ الالتزامِ بِالعَقْدِ.

ولهذا إذا أقرَّ أحدُ المتفاوضينَ بمالٍ مُطْلَقٍ يَلْزَمُ شريكَه، والعبدُ المَأْذُونُ إذا أقرَّ بالمالِ مطلقًا يَصِحُّ إقرارُه ويُؤْخَذُ بهِ في الحالِ؛ لحَمْلِ إقرارِه مطلقًا علىٰ جهةِ التِّجَارَةِ، فكذلكَ هنا يُحْمَلُ مُطْلَقُ الإِقْرَارِ علىٰ جهةِ التِّجَارَةِ، ولا تُتَصَوَّرُ هيَ مِنَ الجَنِينِ، فلَمْ يَصِحَّ الإِقْرَارُ لهُ بمُطْلَقِ المالِ.

. . . .

قالَ شيخُ الإسلامِ [١٣/٢٥و/د] أبو بكرٍ الحسنُ بنُ الحسينِ ابنِ البُخَارِيِّ المعروفُ بخُوَاهَر زَادَه في «مبسوطِهِ»: «إذا أقَرَّ الرَّجُلُ أنَّ عليْهِ ألفُ درهمٍ لِمَا في بطْنِ فلانةَ، [فولَدَتْ فلانة][1] لأقلَّ مِن ستةِ أشهرٍ؛ فالإقرارُ بَاطِلٌ إذا سُئِلَ المُقِرُّ عنَ السَّبَبِ ولَمْ يُفَسِّرْ عندَ أبي يوسفَ، وعندَ محمدٍ: جائزٌ؛ لأنَّهُ أقَرَّ لِمَا في البطنِ مطلقًا ولَمْ يُفَسِّرْ، وقدْ تيقَّنَ بوجودِه وَقْتَ الإِقْرَارِ، فتَكُونُ المسألةُ على الاختلافِ.

وكذلكَ إنْ جاءتْ لسنتيْنِ أوْ أكثرَ عندَ أبي يوسفَ؛ لأنَّ الإِقْرَارَ عندَه بَاطِلٌ متى أقَرَّ لِمَا في البطنِ مطلقًا ولَمْ يُفَسِّر، وإنْ تُيُقِّنَ بوجودِه وَقْتَ الإِقْرَارِ، فإذا وقَع الشكُّ في وجودِه وَقْتَ الإِقْرَارِ أَوْلَى.

وَأَمَّا على قولِ محمدٍ: إنْ كانَ أبُ الجَنِينِ حيًّا، ووَطْءُ أُمِّ الجَنِينِ لهُ حلالٌ؛ فالإقرارُ لهُ بَاطِلٌ إذا جاءتْ بهِ لسنتيْنِ مِن وَقْتِ الإِقْرَارِ؛ لأنَّ الوطءَ حلالٌ للأبِ، فيُحالُ بالعُلوقِ إلى أقربِ الأوقاتِ، فلَا يَثْبُتُ الوجودُ وَقْتَ الإِقْرَارِ لَا حقيقةً ولا حُكْمًا.

فأَمَّا إذا كانَ أبُ الجَنِينِ ميتًا؛ فإنَّ الإِقْرَارَ صحيحٌ عندَه إذا جاءتْ بهِ لسنَتَيْنِ؛ لأنَّا [٦/١٥٧ظ/م] حَكَمْنا بوجودِه وَقْتَ الإِقْرَارِ مِنْ حيثُ الحُكْمُ؛ لأنَّ الأبَ [٢/٣٨٨ظ] غيرُ متمكِّنٍ مِنْ وَطْءِ أُمِّه متى كانَ ميتًا، فيَكُونُ العُلُوقُ [١٣/٢٥ظ/د] **محالًا إلى ما قبْلَ** الموتِ كما في المُطلَّقةِ.

وإذا أُحِيلَ إلى ما قبْلَ الموتِ؛ فقدْ حَكَمْنا بوجودِه **وَقْتَ الإِقْرَارِ مِنْ حيثُ الحُكْمُ**، وإنْ جاءَتْ بهِ لأكثر منْ سنتَيْنِ؛ فإنَّه لَا يَصِحُّ الإِقْرَارُ؛ **لأنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ وجودُه** وَقْتَ الإِقْرَارِ، لَا مِنْ حيثُ الحقيقةُ، ولا مِنْ حيثُ الحُكْمُ.

---

(١) **ما بين المعقوفتين:** زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

لِأَنَّهُ إِقْرَارٌ فِي الْحَقِيقَةِ لَهُمَا، وَإِنَّمَا يَنْتَقِلُ إِلَىٰ الْجَنِينِ بَعْدَ الْوِلَادَةِ وَلَمْ يَنْتَقِلْ.

وَلَوْ جَاءَتْ بِوَلَدَيْنِ حَيَّيْنِ؛ فَالْمَالُ بَيْنَهُمَا، وَلَوْ قالَ الْمُقِرُّ: بَاعَنِي، أَوْ أَقْرَضَنِي؛ لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ؛ لِأَنَّهُ بينَ مُسْتَحِيلًا.

غاية البيان

وقالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ أبو الحسنِ عَلِيُّ بنُ محمدٍ المعروفُ بالأَسْبِيْجَابيِّ في «**شرحِ الكافي**»: «ولوْ أوصَىٰ لدابةِ رَجُل أنْ تُعْلَفَ بعدَ موتِه؛ جازتِ الوَصِيَّةُ؛ لأنَّها وَصِيَّةٌ لصاحبِ الدَّابَّةِ؛ لأنَّ الدَّابَّةَ لَا تصْلُح مُسْتحقَّةً، فيَصِيرُ ذِكْرُها لتعْيينِ المصْرفِ».

قولُه: (**لِأَنَّهُ إِقْرَارٌ فِي الْحَقِيقَةِ لَهُمَا**)، **أي**: لأنَّ الإِقْرَارَ لحَمْلِ فلانةَ إِقْرَارٌ في الحقيقةِ للمُوصِي[1] للحَمْلِ وللمُورِثِ؛ لأنَّ المُقِرَّ قالَ: أوصَىٰ لهُ فلانٌ، وهذا إِقْرَارٌ بمِلْكِ المُوصِي، وقالَ: ماتَ أبوه فورثَه، وهذا إِقْرَارٌ بمِلْكِ المُورِثِ، وإنما ينْتَقِلُ المِلْكُ إلىٰ الجَنِينِ إذا وُلِدَ حيًّا، فلَمَّا لَمْ يُولدْ حيًّا لَمْ ينْتَقِلْ إليه، فيُقْسَمُ المُقَرُّ بهِ بينَ ورثةِ المُوصِي أو المُورِثِ.

قولُه: (**وَلَوْ جَاءَتْ بِوَلَدَيْنِ حَيَّيْنِ؛ فَالْمَالُ بَيْنَهُمَا**)، ولَا تفاوتَ بينَ أنْ يَكُونَ أحدُهما ذكَرًا والآخرُ أنثىٰ؛ لأنَّ الذَّكَرَ والأنثىٰ سواءٌ في الوَصِيَّةِ، وإنْ كانَ أحدُهما ميتًا؛ كانَتِ الوَصِيَّةُ كلُّها للحيِّ، كما إذا أوصَىٰ لحيٍّ وميتٍ، كانَ المالُ كلُّه للحَيِّ، ولوْ ولدَتْ حيًّا ثُمَّ ماتَ؛ كانَ المالُ ميراثًا لورثتِه، وفي المِيرَاثِ للذَّكَرِ مِثْلُ حظِّ الأُنْثيَيْنِ.

قولُه: (**وَلَوْ قالَ الْمُقِرُّ: بَاعَنِي، أَوْ أَقْرَضَنِي؛ لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ؛ لأنَّهُ بينَ مُسْتَحِيلًا**)، **أي**: بينَ وجهًا مستحيلًا حقيقةً وحكْمًا:

أَمَّا حقيقةً: فظاهرٌ؛ لأنَّهُ لَا يَبِيعُ، ولا يُقْرِضُ.

---

(١) وقع بالأصل: «للوصي». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

قَالَ: وَإِنْ أَبْهَمَ الْإِقْرَارَ لَمْ يَصِحَّ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رحمه الله: **يَصِحُّ**؛ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ مِنَ الْحِجَجِ فَيَجِبُ إِعْمَالُهُ، وَقَدْ أَمْكَنَ بِالْحَمْلِ عَلَى السَّبَبِ الصَّالِحِ. وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ الْإِقْرَارَ مُطْلَقُهُ يَنْصَرِفُ إِلَى الْإِقْرَارِ بِسَبَبِ التِّجَارَةِ، **وَلِهَذَا حُمِلَ إِقْرَارُ الْعَبْدِ الْمَأْذُونِ وَأَحَدِ الْمُفَاوِضِينَ عَلَيْهِ فَيَصِيرُ كَمَا إِذَا صَرَّحَ بِهِ.**

قَالَ: وَمَنْ أَقَرَّ بِحَمْلِ جَارِيَةٍ، أَوْ حَمْلِ شَاةٍ لِرَجُلٍ؛ صَحَّ إِقْرَارُهُ، وَلَزِمَهُ؛ لِأَنَّ لَهُ وَجْهًا صَحِيحًا وَهُوَ الْوَصِيَّةُ بِهِ مِنْ جِهَةِ غَيْرِهِ فَحُمِلَ عَلَيْهِ.

غاية البيان

وَأَمَّا حُكْمًا: فلأنَّه [١٣/٢٦و/د] لَا ولايةَ لأحدٍ عليهِ حتى يَكُونَ تصرفُّه بمنزلةِ تصرُّفِه، فيَصِيرُ مضافًا إليهِ مِنْ هذا الوجهِ.

لا يُقَالُ: أنَّهُ رجوعٌ، فلَا يَصِحُّ.

لِأَنَّا نَقُولُ: لَا نُسَلِّمُ، بلْ هوَ بيانٌ لسببٍ محتملٍ، فصحَّ.

قولُه: (وَلِهَذَا حُمِلَ إِقْرَارُ الْعَبْدِ الْمَأْذُونِ وَأَحَدِ الْمُفَاوِضِينَ عَلَيْهِ)، أي: على الإِقْرَارِ بسببِ التِّجَارَةِ.

يَعْنِي: إذا أَقَرَّ أحدُ شريكي المُفَاوَضَةِ؛ يَلْزَمُ إقرارُه الشَّرِيكَ [٦/١٥٨و/م] **الآخرَ**؛ لانصرافِه إلى جهةِ التِّجَارَةِ.

قولُه: (فَيَصِيرُ كَمَا إِذَا صَرَّحَ بِهِ)، أي: يَصِيرُ المُقِرُّ كما **إذا صَرَّح بِدَيْنِ** التِّجَارَةِ، ولو صَرَّحَ بهِ بأنْ قالَ: عَلَيَّ لِمَا في بطْنِ فلانةَ كذا بالتجارةِ؛ **كانَ فاسدًا**، فكذا هذا.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ أَقَرَّ بِحَمْلِ جَارِيَةٍ، أَوْ حَمْلِ شَاةٍ لِرَجُلٍ؛ صَحَّ إِقْرَارُهُ، وَلَزِمَهُ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «**مختصرِهِ**»[1]، وذلك لأنَّ هذا الإِقْرَارَ **لهُ وَجْهٌ صحيحٌ يُمْكِنُ**

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٩٩].

قَالَ: وَمَنْ أَقَرَّ بِشَرْطِ الْخِيَارِ بَطَلَ الشَّرْطُ؛ لِأَنَّ الْخِيَارَ لِلْفَسْخِ وَالْإِخْبَارُ

حَمْلُه عليه، بأنْ أوصَىٰ به لهُ مالكُ الجَارِيَةِ، ومالكُ الشَّاةِ، فوجَب حمْلُه عليه، ولكنْ لَا يصحُّ بَيْعُ الحَمْلِ.

والفرقُ لأبي يوسفَ بينَ هذه المسألةِ ـ حيثُ جَوَّز الإِقْرَارَ بالحملِ ـ وبيْنَ المسألةِ الأُولَىٰ ـ حيث لَمْ يَجُوزْ الإِقْرَارَ للحَمْلِ إذا أَبْهَمَ الإِقْرَارَ ـ: أنَّ هنا طريقَ التصحيحِ مُتَعَيّنٌ، وهوَ الوَصِيَّةُ، بخلافِ الأُولىٰ، فإنَّ طريقَ التصحيحِ ليسَ بمُتَعَيّنٍ؛ لازدحامِ [١٣/٢٢٦ظ/د] المِيرَاث الوَصِيَّة.

وإلىٰ ذلكَ أشارَ محمدٌ ﷺ في «الأصلِ» لأبي يوسفَ قالَ: «أرأيتَ لوْ ولدتْ غلامًا وجَارِيَة، كيفَ يُقْسَم المالُ بينهما أثلاثًا؟ باعتبار المِيرَاثِ، أمْ نصفَيْنِ باعتبارِ الوَصِيَّة؟»[1] وفيه إِشَارَةٌ إلىٰ أنَّ جوازَ الإِقْرَارِ متعذِّرٌ؛ لاحتمالِه وجهيْنِ: إرثًا ووَصِيَّةً.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ أَقَرَّ بِشَرْطِ الْخِيَارِ بَطَلَ الشَّرْطُ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في **«مختصرِه»**[2].

قال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّين الأَسْبِيْجَابيُّ في «شرحِ الكافي»: «وإذا أَقَرَّ الرَّجُلُ لرَجُلٍ بدَيْنٍ، أوْ قرْضٍ، أوْ غَصْبٍ، أوْ وَدِيعَةٍ، أوْ عَارِيَّةٍ قائمةٍ، أوْ مُسْتهلكةٍ علىٰ أنَّهُ بِالخِيَارِ فيهِ ثلاثةَ أيامٍ؛ فالإقرارُ جائزٌ، والخِيَارُ بَاطِلٌ؛ لأنَّ الإِقْرَارَ إخبارٌ، والإخبارُ لَا يَدْخُلُ فيه[3] الخِيَارُ، سواء صَدَّقَه صاحبُه أوْ كَذَّبَه». إلىٰ هنا لفْظُه ﷺ.

وتحقيقُه [٢/٣٨٩و]: أنَّ الإِقْرَارَ لَا يَحْتَمِلُ الفَسْخَ، والمَقْصُودُ مِنَ الإِقْرَارِ هوَ الفَسْخُ، فلَمَّا لَمْ يَحْتَمِلْ الإِقْرَارُ الفَسْخَ؛ لَمْ يَجُزْ شرْطُ الخِيَارِ، ولزمَه المالُ؛ لأنَّ

---

(١) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٨/١٩٧/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٩٩].

(٣) وقع بالأصل: «في». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

....

غاية البيان

المَقْصُودَ مِنْ فَسْخِ الإِقْرَارِ: فَسْخُ المُقَرِّ بهِ، والمُقَرُّ بهِ لَا ينْفَسِخُ بفَسْخِ الإِقْرَارِ؛ لأنَّ المُقَرَّ بهِ وجوبُ ألفِ درهمٍ، ووجوبُه ما كانَ بالإقرارِ حتى ينْفَسِخَ بفَسْخِ الإِقْرَارِ؛ لأنَّ الإِقْرَارَ إخبارٌ عمَّا كانَ، وليسَ بإيجابٍ مُبْتَدَأً.

وإذا لَمْ ينْفَسِخْ المَقْصُودُ مِنْ فَسْخِ الإِقْرَارِ بفَسْخِه؛ لَمْ يَكُنِ الإِقْرَارُ محتملًا للفَسْخِ، كما في بابِ الطَّلَاقِ والعَتَاقِ [١٣/٢٧و/د]، لَمَّا لَمْ يُمْكِنْ فَسْخُ ما هوَ المَقْصُودُ [٦/١٥٨ظ/م] مِنَ الْإِعْتَاقِ والطَّلَاقِ، وهوَ ما سَقَطَ بهما؛ لَمْ يكونَا محتملَيْنِ للفَسْخِ، فكذلكَ هذا.

وأَوْرَدَ شيخُ الإسلامِ خُوَاهَر زَادَه في «مبسوطِهِ» في هذا المقامِ سؤالًا وجوابًا فقالَ:

«**فإنْ قيلَ**: الإِقْرَارُ ممَّا يَحْتَمِلُ الفَسْخَ بعدَ وقوعِه، فإنَّه ينْفَسِخُ بِرَدِّ المُقَرِّ لَهُ.

فالجوابُ عنه: أنَّ الرَّدَّ مِنْ المُقَرِّ لهُ ليسَ بفَسْخٍ للإِقْرَارِ؛ لأنَّ الفَسْخَ رَفْعُ الشيءِ بعدَ ثبوتِه، وتكذيبُ المُقَرِّ لهُ المُقِرَّ في إقرارِه ليسَ برَفْعِ الإِقْرَارِ بعدَ ثبوتِه في حقِّه، بلْ بيان أنَّهُ غيرُ ثابتٍ في حقِّه أصلًا؛ لأنَّ الإقرارَ يَحْتَمِلُ الصدقَ والكذبَ، فإذا كَذَّبَه المُقَرُّ لَهُ؛ ثبتَ الكذبُ في حقِّه؛ لأنَّهُ إِقْرَارٌ على نفسِه، وإذا صحَّ التكذيبُ في حقِّه؛ ظهرَ أنَّ الإِقْرَارَ لَمْ يَكُنْ ثابتًا مِنَ الأصلِ، لَا أنَّهُ انْفَسَخَ في حقِّه بعْدَ وقوعِه.

بخلافِ البَيْعِ؛ لأنَّهُ تصَرُّفٌ يَحْتَمِلُ الفَسْخَ؛ لأنَّ ما هوَ المَقْصُودُ مِنَ البَيْعِ ـ وهوَ المِلْكُ ـ ممَّا ينْفَسِخُ بانفساخِ البَيْعِ؛ لأنَّهُ ثابتٌ بهِ، والمَقْصُودُ مِنْ فَسْخِ السَّبَبِ فَسْخُ حُكْمِه، فإذا كانَ الحُكْمُ محتملًا للفَسْخِ؛ كانَ السَّبَبُ كذلكَ، وإذا كانَ حُكْمُ السَّبَبِ لَا يَحْتَمِلُ الفَسْخَ بفَسْخِ السَّبَبِ؛ لَا يَكُونُ السَّبَبُ قابلًا للفَسْخِ.

....

غاية البيان

فإنْ قيلَ: الإِقْرَارُ وإنْ لَمْ يَكُنْ قابلًا للفَسْخِ، فالسببُ [١٣/٢٧ظ/د] الذي بهِ وجَبَ المالُ ـ وهيَ التِّجَارَة ـ قابلٌ للفَسْخِ، فيَجِبُ أنْ يُعْتَبرَ الخِيَارُ مشروطًا في سببِ الوُجُوبِ، وإنْ لَمْ يَصِحَّ اشتراطُه في الإِقْرَارِ.

فالجوابُ عنه: أنَّ سببَ الوُجُوبِ غيرُ مذكورٍ، فإنَّه أقَرَّ بالمالِ مطلقًا ولَمْ يَذْكُرِ السَّبَبَ، وإنما يُعْتَبَرُ السَّبَبُ مذكورًا ضَرُورَةَ صحةِ الإِقْرَارِ، فإنه إخبارٌ عنْ أمْرٍ كانَ وليسَ بإيجابٍ مبتدأ، ولا بُدَّ مِن سببٍ آخرَ للوجوبِ متقدِّمٍ على الإِقْرَارِ حتى يَصِحَّ الإِقْرَارُ، وإذا ثبَتَ السَّبَبُ مقتضًى صحةِ الإِقْرَارِ؛ يُعْتَبر السَّبَبُ مذكورًا في [حقِّ][١] صحةِ الإِقْرَارِ، ولا يُعْتَبرُ مذكورًا في حقِّ صحةِ اشتراطِ الخِيَارِ فيه».

وقالَ شيخُ الإسلامِ علاء الدِّين الأَسْبِيْجَابيُّ في «شرحِ الكافي»: «وإنْ أقَرَّ بالدَّيْنِ مِنْ كَفَالَةٍ على شرْطِ الخِيَارِ مُدَّةً معلومةً طويلةً أوْ قصيرةً، وصَدَّقَه المُقَرُّ لَهُ؛ فهوَ كما قالَ، والخِيَارُ لهُ إلى آخرِ مُدَّةٍ؛ لأنَّ الكَفَالَةَ تُلائِمُ اشتراطَ الخِيَارِ؛ لأنَّها تَحْتَمِلُ مِنَ الجَهَالَةِ والخَطَرِ ما لَا يَحْتَمِلُه عَقْدُ البَيْعِ، فإذا جازَ اشتراطُه في البَيْعِ؛ ففي الكَفَالَةِ أَولَى.

[٦/١٥٩و/م] ثُمَّ قُدِّرَ الخِيَارُ في البَيْعِ بثلاثةِ أيامٍ عندَ أبي حَنِيفَةَ، ولَمْ يُقَدَّرْ الخِيَارُ في الكَفَالَةِ بمدَّةٍ؛ لأنَّ إطلاقَ الخِيَارِ ينافي حُكْمَ البَيْعِ [١٣/٢٨و/د]؛ لأنَّ حُكْمَه المِلْكُ المُطْلَقُ، وحُكْمُ الخِيَارِ: منْعُ السَّبَبِ مِنَ العملِ، وبينهما مُنَافَاةٌ، وحُكْمُ الكَفَالَةِ هاهنا لزومُ الدَّيْنِ، وأنَّه يَصِحُّ مطلقًا ومُقيّدًا، فلَا يَكُونُ اشتراطُ الخِيَارِ مُنافيًا، وإنْ كَذَّبَه المُقَرُّ لهُ في الخِيَارِ لزمَه المالُ، ولَمْ يُصَدَّقْ على شَرْطِ الخِيَارِ؛ لأنَّهُ يدَّعِي عليْهِ التأخيرَ وهوَ يُنْكِرُ.

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

لَا يَحْتَمِلُهُ ، وَلَزِمَهُ الْمَالُ لِوُجُودِ الصِّيغَةِ الْمُلْزِمَةِ وَلَمْ يَنْعَدِمْ بِهَذَا الشَّرْطُ الْبَاطِلُ.

وإنْ أقَرَّ بدَيْنٍ مِنْ ثَمَنِ بِيعَ علىٰ أَنَّهُ فيهِ بِالخِيَارِ ثلاثًا ؛ فهذا دعوىٰ الخِيَارِ في البَيْعِ ، فإنْ صَدَّقَه فيهِ صاحبُه ؛ فهو جائزٌ ، وإنْ كَذَّبَه في الخِيَارِ ؛ فالمالُ لازمٌ له ؛ لأنَّ الدَّيْنَ لزمَه بإقرارِه ، فلَا يَثْبُتُ التأخيرُ إلَّا بدليلٍ.

قولُه: (لِوُجُودِ الصِّيغَةِ الْمُلْزِمَةِ) ، وهي قولُه: عَلَيَّ كذا.

قولُه: (وَلَمْ يَنْعَدِمْ) ، أي [٢/٣٨٩ظ]: الإخبارُ بهذا الشَّرْطِ البَاطِلِ ، وهوَ قولُه: علىٰ أني بِالخِيَارِ.

واللهُ ﷻ أعلمُ بالصوابِ.

بَابُ الِاسْتِثْنَاءِ وَمَا فِي مَعْنَاهُ

قَالَ: وَمَنِ اسْتَثْنَىٰ مُتَّصِلًا بِإِقْرَارِهِ؛ صَحَّ الِاسْتِثْنَاءُ وَلَزِمَهُ الْبَاقِي؛ لِأَنَّ الِاسْتِثْنَاءَ مَعَ الْجُمْلَةِ عِبَارَةٌ عَنِ الْبَاقِي، وَلَكِنْ لَا بُدَّ مِنَ الِاتِّصَالِ.

غاية البيان

بَابُ الِاسْتِثْنَاءِ وَمَا فِي مَعْنَاهُ

لَمَّا ذكَرَ مُوجبَ الإِقْرَارِ بلَا تغَيُّرٍ: شرَعَ في مُوجبِه مع المُغَيِّرِ، وهوَ الاستثناءُ؛ لأنَّ الأصلَ عدمُ التغيُّرِ.

قولُه: (**قَالَ: وَمَنِ اسْتَثْنَىٰ مُتَّصِلًا بِإِقْرَارِهِ؛ صَحَّ الِاسْتِثْنَاءُ وَلَزِمَهُ الْبَاقِي**)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «**مختصرِهِ**»[1].

قال شيخُ الإسلامِ [١٣/٢٨ظ/د] المعروفُ بخُوَاهَر زَادَه في «**مبسوطِهِ**»: «وإذا أقرَّ الرَّجُلُ بألفِ درهمٍ واستثنىٰ فقال: إلَّا مئةَ درهمٍ، فإنَّ الاستثناءَ جائزٌ، وعليْهِ تسعُ مئةٍ.

أَمَّا جوازُ الاستثناء: فلأنَّه استثنىٰ بعضَ ما دخل تحت اللفظ مقصودًا، واستثناءُ بعض ما دخَل تحت اللفظ مقصودًا جائزٌ إذا كانَ المستثنىٰ أقلَّ مِن المستثنىٰ منه عندهم جميعًا، فإذا صحَّ الاستثناءُ؛ صارَ مُقِرًّا بما وراء المستثنىٰ، وذلكَ تسعُ مئةٍ، كأنَّه قالَ: لفلانٍ عَلَيَّ تسعُ مئةٍ.

فأَمَّا إذا قالَ: لفلان عَلَيَّ ألفٌ إلَّا تسع مئةٍ وخمسينَ درهمًا؛ فإنَّ الاستثناءَ يَصِحُّ، ويَكُونُ عليْهِ خمسون درهمًا، وهذا عندَنا.

وعندَ مالك[2] **والفَرَّاء - وهو قولُ أبي يوسفَ على ما رُوِيَ عَنْه في غيرِ**

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٩٨].

(٢) **مذهب مالك**: هو جواز استثناء الأكثر مِن الأقل. ينظر: «شرح الزُّرقاني علىٰ مختصر خليل»=

وَسَوَاءٌ اسْتَثْنَى الْأَقَلَّ أَوِ الْأَكْثَرَ، فَإِنِ اسْتَثْنَى الْجَمِيعَ؛ لَزِمَهُ الْإِقْرَارُ، وَبَطَلَ الِاسْتِثْنَاءُ؛ لِأَنَّهُ تَكَلَّمَ [٨٤/و] بِالْحَاصِلِ بَعْدَ الثُّنْيَا، وَلَا حَاصِلَ بَعْدَهُ فَيَكُونُ رُجُوعًا، وَقَدْ مَرَّ الْوَجْهُ فِي الطَّلَاقِ.

وَلَوْ قَالَ: لَهُ عَلَيَّ مِئَةُ دِرْهَمٍ إِلَّا دِينَارًا، أَوْ إِلَّا قَفِيزَ حِنْطَةٍ؛ لَزِمَهُ مِئَةُ

غاية البيان

روايةِ «الأصولِ» ـ: لَا يَصِحُّ الاستثناءُ ويَلْزَمُه الألفُ؛ لأنَّ المستثنى أكثرُ مِنَ المستثنى منه». كذا ذكرَ خُوَاهَر زَادَه.

ووجْهُه: أنَّ مِنْ عادةِ العربِ أنَّهم يقصدُونَ بالاستثناءِ إخراجَ الأقلِّ دونَ الأكثرِ، ونحنُ نَقُولُ: إذا عُرِفَ عمَلُ الاستثناءِ لَمْ يفرقِ الحالُ بينَ أنْ يخْرُجَ الأقلُّ أو الأكثرُ.

قولُه: (فَإِنِ اسْتَثْنَى الْجَمِيعَ؛ لَزِمَهُ الْإِقْرَارُ، وَبَطَلَ الِاسْتِثْنَاءُ) [١٥٩/٦ظ/م]، هذا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ[1] أيضًا.

إذا قالَ: لفلانٍ عَلَيَّ ألفُ درهمٍ إلَّا ألفًا؛ كانَ [٢٩/١٣و/د] الاستثناءُ باطلًا؛ لأنَّ استثناءَ الكلِّ مِن الكلِّ بَاطِلٌ؛ لكونِه رجوعًا، وهذا لأنَّ الاستثناءَ تكلُّمٌ بالباقي بعدَ الثُّنْيَا، ولا بَاقِي بعدَ استثناءِ الكلِّ، فيَكُونُ رجوعًا لَا محالةَ، والرُّجُوعُ عنِ الإِقْرَارِ لَا يَصِحُّ.

وكذلكَ إنِ استثنى أكثرَ مِنَ الألفِ؛ لأنَّهُ لَمَّا لَمْ يَجُزْ استثناءُ الألفِ مِنَ الألفِ، فلَأَنْ لَا يَجُوزُ استثناءُ الألفِ وزيادةٍ أَوْلَى، وهذا إذا استثنى الجنسَ مِنَ الجنسِ، فإذا استثنى مِنْ خلافِ الجنسِ: ففيه خلافٌ نُبيِّنُه في المسألةِ التي تليه إنْ شاءَ اللهُ تعالى.

قولُه: (وَقَدْ مَرَّ الْوَجْهُ فِي الطَّلَاقِ)، أي: في فصْلِ الاستثناءِ.

قولُه: (وَلَوْ قَالَ: لَهُ عَلَيَّ مِئَةُ دِرْهَمٍ إِلَّا دِينَارًا، أَوْ إِلَّا قَفِيزَ حِنْطَةٍ؛ لَزِمَهُ مِئَةُ

= [١٨٤/٦]، و«حاشية الصاوي على الشرح الصغير» [٥٣٧/٣].

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٩٨].

دِرْهَمٍ إِلَّا قِيمَةَ الدِّينَارِ أَوِ الْقَفِيزِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ.

غاية البيان

دِرْهَمٍ إِلَّا قِيمَةَ الدِّينَارِ أَوِ الْقَفِيزِ)[1]، هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصرِهِ»[2].

اعلمْ: أنَّهُ إذا استثنىٰ مِن خلافِ الجنسِ؛ ففيه خلافٌ، فإنْ كانَ استثناءُ المُقَدَّرِ مِن المُقَدَّرِ ـ كما في الصورةِ المذكورةِ ـ يَصِحُّ الاستثناءُ عندَ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ استحسانًا، ويُطْرَحُ قَدْرُ قِيمَةِ المستثنىٰ ممَّا أقَرَّ بهِ، والقياسُ: ألَّا يَصِحَّ الاستثناءُ، وهوَ قولُ محمدٍ وزُفَرَ.

وإنْ كانَ استثناءُ غير المُقَدَّرِ مِن المُقَدَّرِ؛ لَا يَصِحُّ الاستثناءُ عندَنا، كما إذا قالَ: لفلانٍ عَلَيَّ مئةُ درهمٍ إلَّا ثوبًا [١٣/٢٢٩ظ/د] قياسًا واستحسانًا خلافًا لِلشَّافِعِيِّ رحمه الله[3]؛ لأنَّ الاستثناءَ كلامٌ آخرُ يُعارِضُ الصدرَ بحُكْمِه، وليسَ مِن شَرْطِه المُجَانَسَةُ، ألا ترىٰ إلىٰ قولِه[4]:

وَبَلْدَةٍ لَيسَ بِهَا أَنِيسُ ❊ إِلَّا الْيَعَافِيرُ وَإِلَّا الْعِيسُ

---

(١) قال الإسبيجاني: وهذا استحسان أخذ به أبو حنيفة وأبو يوسف، والقياس أن لا يصح الاستثناء، وهو قول محمد وزفر، والصحيح جواب الاستحسان، واعتمده المحبوبي والنسفي. ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص ١١٤]، «مختصر اختلاف العلماء» [٤/٢١٤، ٢١٥]، «المبسوط» [١٨/٨٧]، «الفقه النافع» [٣/١٢٢٠]، «بدائع الصنائع» [٦/٢٣٨]، «تبيين الحقائق» [٥/١٤ ـ ١٦]، «الاختيار» [٢/١٣٢]، «زاد الفقهاء» [ق/٨٦]، «مجمع الضمانات» [١/٣٧١]، «درر الحكام» [٢/٣٦٤]، «التصحيح» [ص٢٤٨]، «اللباب» [٢/٧٩].

(٢) ينظر: المصدر السابق.

(٣) ينظر: «الوسيط في المذهب» للغزالي [٣/٣٥٤]. و«التنبيه في الفقه الشافعي» للشيرازي [ص/٢٧٦]. و«روضة الطالبين» للنووي [٤/٤٠٧].

(٤) هو الشاعر الجاهلي جِرَان العَوْد ـ وهذا لَقَبُه ـ، واسمُه العامر بن الحارث. وهو مِن قصيدة مُرَجَّزَة. والْيَعَافِيرُ: جَمْع يعفور، وهو الخِشْفُ وولد البقرة الوحشية أيضًا. والْعِيسُ: هي الإبل البِيض يُخالِط بياضَها شيءٌ مِن الشقْرة، واحدها: أعْيَس، والأنثىٰ: عَيْساء. ينظر: «ديوان جِرَان العَوْد» [ص/٥٢]. و«المقاصد النحوية في شرح شواهد شرُوح الألفية» للعيني [٣/١٠٨٦].
ومُراد المؤلِّف مِن الشاهد: الاستدلال به علىٰ جواز الاستثناء مِن خلاف الجنس.

وَلَوْ قَالَ: لَهُ عَلَيَّ مَائَةُ دِرْهَمٍ إِلَّا ثَوْبًا لَمْ يَصِحَّ الِاسْتِثْنَاءُ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يَصِحُّ فِيهِمَا، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَصِحُّ فِيهِمَا.

غاية البيان

قد استثنىٰ مِن خلافِ الجنسِ.

ولنا: أنَّ الاستثناءَ استخراجٌ وتَكَلُّمٌ بالباقي بعد الثُّنْيَا، وعليْهِ أهلُ اللغةِ، فلَا بُدَّ مِن المُجَانَسَةِ؛ لأنَّ معنىٰ الاستثناءِ لَا يتحقَّقُ إلَّا بأنْ يَكُونَ المستثنىٰ داخلًا تحتَ صَدْرِ الكلامِ، لوْ لَمْ يَكُنِ الاستثناءُ والدخولُ تحتَ صَدْرِ الكلامِ؛ لَا يَكُونُ إذا لَمْ تُوجدِ المُجَانَسَةُ، فيَكُونُ الاستثناءُ لبيانِ أنَّ المستثنىٰ لَمْ يدْخُلْ في الصدْرِ.

وَجْهُ ما قالَ محمدٌ وزُفَرُ: أنَّ استثناءَ جنسٍ مِنْ خلافِ جنسٍ لَا يَصِحُّ قياسًا [٢/٣٩٠و] علىٰ ما استثنىٰ مِنَ المُقَدَّرِ ثوبًا، أوْ حيوانًا في الحُجَّةِ علىٰ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ، وقياسًا علىٰ ما لوِ استثنىٰ كلبًا في الحُجَّةِ علىٰ الشَّافِعِيِّ، وهذا لأنَّ الاستثناءَ إخراجُ بعضِ ما تناوَلَه صَدْرُ الكلامِ، وهذا المعنىٰ لَا يتحَقَّقُ في خلافِ الجنسِ، فلَا يُطْرَحُ قَدْرُ المستثنىٰ.

ووَجْهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ: أنَّ الاستثناءَ إخراجُ بعضِ ما دخلَ تحتَ صَدْرِ الكلامِ، ولا يُمْكِنُ إخراجُ المستثنىٰ مِنْ صَدْرِ الكلامِ في حقِّ التكلُّمِ؛ [٦/١٦٠و/م] لأنَّ ذلكَ لَا يُمْكِنُ؛ لأنَّ الحقائقَ [١٣/٣٠و/د] لَا مردَّ لها، ويُمْكِنُ إخراجُه في حقِّ الحُكْمِ، وهوَ الوُجُوبُ؛ لأنَّ المقدَّراتِ كلَّها جنسٌ واحدٌ في حقِّ الوُجُوبِ بِالعَقْدِ؛ ولهذا يَصِحُّ إيجابُها في الذِّمَّةِ كالدراهمِ، فيَصِحُّ استثناؤُها.

فيَصِيرُ تقديرُ الكلامِ: لهُ عَلَيَّ ألفٌ إلَّا قَدْرَ قِيمَةِ المستثنىٰ، فيَصِيرُ صدْرُ الكلامِ عدمًا في قَدْرِه في حقِّ الوُجُوبِ، بخلافِ ما إذا استثنىٰ غيرَ المُقَدَّرِ حيثُ لَا يَصِحُّ؛ لأنَّ ماليَّتَه غيرُ معلومةٍ؛ لكونِه متفاوتًا في نفسِه، فيَكُونُ استثناءَ المَجْهُولِ مِنَ المَعْلُومِ، فيَفْسُدُ.

لِمُحَمَّدٍ: أَنَّ الِاسْتِثْنَاءَ مَا لَوْلَاهُ لَدَخَلَ تَحْتَ اللَّفْظِ، وَهَذَا لَا يَتَحَقَّقُ فِي خِلَافِ الْجِنْسِ. وَلِلشَّافِعِيِّ أَنَّهُمَا اتَّحَدَا جِنْسًا مِنْ حَيْثُ الْمَالِيَّةِ.

غاية البيان

ولأنَّ الثَّوْبَ لَا يُجانِسُ الدراهمَ لَا صورةً ولا وجوبًا في الذِّمَّةِ، فإنَّ الثَّوْبَ لَا يَجِبُ في الذِّمَّةِ إلَّا سَلَمًا، أوْ هوَ في معنى السَّلَمِ، كَالبَيْعِ بثيابٍ موصوفةٍ، والدراهمُ تَجِبُ مطلقًا، وهذا معنى قولِه: (**لَا يَجِب بِمُطْلَقِ عَقْدِ الْمُعَاوَضَةِ**)، فلَمْ يَجُزْ أنْ يُضَمَّ إلى إقرارِه ما لَمْ يَتَضَمَّنْه إقرارُه.

قالَ الإمامُ محمدُ بْنُ أحمدَ المعروفُ بالأَسْبِيْجَابيِّ في «شرحِ الطَّحَاوِيِّ»: «لوْ قالَ: لهُ عَلَيَّ عشرةُ دراهمَ إلَّا سبعةَ دراهمَ، إلَّا خمسةَ دراهمَ، إلَّا ثلاثةَ دراهمَ، إلَّا درهمًا؛ فإنه يُنْظَرُ إلى المستثنى الأخيرِ، وهوَ درهمٌ، فيَسْتثنيه مِنَ الذي يليه، وهوَ ثلاثةٌ[1]، فيَبْقَى درهمانِ.

ثُمَّ يستثنِي الباقيَ ـ وهو درهمانِ ـ مِنَ الذي يليه، وهوَ خمسةٌ، فيَبْقَى ثلاثةٌ، ثُمَّ يَستثنِي البَاقِيَ ـ وهو [١٣/٣٠ظ/د] ثلاثةٌ ـ مِنَ الذي يليه، وهوَ سبعةٌ، فيَبْقَى منها أربعةٌ، ثُمَّ يستثنِي البَاقِي ـ وهوَ أربعةُ دراهمَ ـ مِنَ الذي يليه، وهوَ عشرةُ دراهمَ، فيَبْقَى ستَّةٌ، فيَلْزَمُه ذلكَ، وكذلكَ إنْ أدخلَ الاستثناءَ على الاستثناءِ على هذا القياسِ».

وقالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ عَلِيُّ بنُ محمدٍ الأَسْبِيْجَابيُّ في **«شرحِ الكافي»**: «لو قال: لفلان عَلَيَّ ألفُ درهم، ولفلان عَلَيَّ مئة درهم إلَّا قيراطًا؛ كانَ الاستثناء من الأخير؛ لأنَّ الأصل في الاستثناء: أن ينصرف إلى الذي يليه.

ولوْ قالَ: لفلانٍ عَلَيَّ ألفُ درهمٍ، ولفلانٍ مئةُ دينارٍ إلَّا درهمًا مِنَ الألفِ؛ كانَ كما قالَ؛ لأنَّهُ نصَّ على المحلِّ المستثنَى منه، فيَنْصَرِفُ الاستثناءُ إليه، ولو

(١) وقع بالأصل: «وهو خمسة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

وَلَهُمَا: أَنَّ الْمُجَانَسَةَ فِي الْأَوَّلِ ثَابِتَةٌ مِنْ حَيْثُ الثَّمَنِيَّةِ، الدِّينَارُ ظَاهِرٌ. وَالْمَكِيلُ وَالْمَوْزُونُ أَوْصَافُهُمَا أَثْمَانٌ.

أَمَّا الثَّوْبُ فَلَيْسَ بِثَمَنٍ أَصْلًا، وَلِهَذَا لَا يَجِبُ بِمُطْلَقِ عَقْدِ الْمُعَاوَضَةِ، وَمَا يَكُونُ ثَمَنًا صَلُحَ مُقَدِّرًا لِلدَّرَاهِمِ، فَصَارَ بِقَدْرِهِ مُسْتَثْنًى مِنَ الدَّرَاهِمِ، وَمَا لَا يَكُونُ ثَمَنًا لَا يَصْلُحُ مُقَدِّراً، فَبَقِيَ الْمُسْتَثْنَى مِنَ الدَّرَاهِمِ مَجْهُولًا فَلَا يَصِحُّ.

غاية البيان

لَمْ يُبَيِّنْ أَنَّهُ مِنَ الألفِ؛ جعلْتُه مِنَ الدنانيرِ؛ لأنَّ الأصلَ: أنْ يَنْصَرِفُ الاستثناءُ إلىٰ ما يليه، والذي يليه: الدنانيرُ.

ولوْ أقرَّ لرَجُلٍ واحدٍ فقالَ: لهُ عَلَيَّ ألفُ درهمٍ ومئةُ دينارٍ إلَّا درهمًا؛ جعلْتُ الاستثناءَ مِنَ الدراهمِ؛ لأنَّ الأصلَ: أنْ يُصْرَفَ الاستثناءُ إلىٰ ما هوَ جنسٌ لهُ مِنْ كلِّ وَجْهٍ إلَّا عندَ التعذُّرِ، ولا تعذُّرَ هاهنا؛ لأنَّ المُسْتَحقَّ واحدٌ.

وكذلكَ لوْ قالَ: لهُ عَلَيَّ كُرُّ [٦/١٦٠ظ/م] حِنْطَةٍ ودرهمٌ إلَّا قَفِيزَ حِنْطَةٍ، **فإنْ كانَ** الإنسانُ واحدًا؛ جعلْتُ الاستثناءَ مِنْ نوْعِه استحسانًا[1]؛ **لأنَّ الصَّرْفَ إليهِ أَوْلَىٰ** [١٣/٣١و/د]؛ **لأنَّهُ** جنسٌ لهُ مِنْ كلِّ وَجْهٍ». كذا في «**شرحِ الكافي**».

وقالَ فيهِ أيضًا: «لوْ قالَ: لفلانٍ عَلَيَّ ألفُ درهمٍ ـ أستغفرُ اللهَ ـ **إلَّا مئةَ** درهمٍ؛ فالاستثناءُ بَاطِلٌ؛ لأنَّ قولَه: «أستغفرُ اللهَ» ليسَ مِن نسَقِ الكلامِ؛ **لأنَّ** الاستغفارَ لَا يُلائِمُ الإخبارَ والإِقْرَارَ، فصارَ فاصلًا.

ورُوِيَ عنْ أبي حَنِيفَةَ: أنَّهُ لَا يَصِيرُ فاصلًا؛ **لأنَّهُ يُسْتَعْمَلُ في العُرْفِ** لاستدراكِ الغلطِ، فصارَ كأنَّه قالَ: غلطتُ إلَّا مئةَ درهمٍ، **فلَا يُعَدُّ فاصلًا**.

فلوْ قالَ: لفلانٍ عَلَيَّ ألفُ درهمٍ ـ سبحانَ اللهِ ـ **إلَّا** خمسينَ درهمًا؛ **لَمْ يَكُنِ**

---

(١) وإذا كان الإقرار لاثنين، كما إذا قال له: لفلان عَلَيَّ **ألفُ** درهم، ولفلان **عَلَيَّ مئةُ دينار إلا درهمًا**؛ كان الاستثناءُ مِن الذي يليه. كذا جاء في حاشية: **«تح»، و«م»، و«د»**.

قَالَ: وَمَنْ أَقَرَّ بِحَقٍّ وَقَالَ: إنْ شاءَ اللهُ مُتَّصِلًا بِإِقْرَارِهِ؛ لَمْ يَلْزَمْهُ الْإِقْرَارُ؛

غاية البيان

استثناءً؛ لأنَّ التسبيحَ لَا يُذْكَرُ لاستدراكِ الغلطِ في مجْرَىٰ العادةِ، فكانَ نسَقًا آخرَ، فعُدَّ فاصلًا.

ولوْ قالَ: لفلانٍ عَلَيَّ ألفُ درهمٍ يا فلانُ إلَّا عشرةَ دراهمَ؛ كانَ الاستثناءُ جائزًا [٢/٣٩٠ظ]؛ لأنَّهُ أخرجَه مخْرَجَ الإخبارِ لشخصٍ خاصٍّ، وهذا صيغتُه، فلَا يُعَدُّ فاصلًا.

ولوْ قالَ: لفلانٍ عَلَيَّ مئةُ درهمٍ، فاشهدوا عَلَيَّ بها إلَّا عشرةَ دراهمَ؛ كانَ الاستثناءُ باطلًا؛ لأنَّ قولَه: «فاشهدوا عَلَيَّ بها» حشْوٌ لَا يَحْتَاجُ الإِقْرَارُ إليه، فَعُدَّ فاصلًا، بخلافِ قولِه: يا فلانُ؛ لأنَّهُ لَمْ يقَعْ حَشْوًا».

قولُه: (**قَالَ: وَمَنْ** [١٣/٣١ظ/د] **أَقَرَّ بِحَقٍّ وَقَالَ: إنْ شاءَ اللهُ مُتَّصِلًا بِإِقْرَارِهِ؛ لَمْ يَلْزَمْهُ الْإِقْرَارُ**)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «**مختصرِه**»[(١)]، وذلكَ؛ لأنَّ المشيئةَ تمْنَعُ مِن لزومِ ما يَلْزَمُ عندَ عدمِها، قالَ اللهُ تعالىٰ: ﴿سَتَجِدُنِيٓ إِن شَآءَ ٱللَّهُ صَابِرٗا وَلَآ أَعۡصِي لَكَ أَمۡرٗا﴾ [الكهف: ٦٩].

بيانُه: أنَّهُ لوْ لَمْ يَقُلْ: إنْ شاءَ اللهُ ولَمْ يصبِرْ؛ كانَ مخالِفًا في الوعدِ، فلَمَّا قالَ: إنْ شاءَ اللهُ، ولَمْ يصبرْ؛ لَمْ يُعَدَّ مخالفًا للوعدِ.

فَعُلِمَ بذلكَ: أنَّ المشيئةَ إذا عُلِّقَ بها تمنَعُ ثبوتَ الحُكْمِ، وهذا الذي ذكرناه استحسانٌ، والقياسُ: ألَّا يَصِحَّ الاستثناءُ، ويَلْزَمُه المالُ. ذكَرَ القياسَ والاستحسانَ خُوَاهَر زَادَه في «**مبسوطِهِ**».

وَجْه القياسِ: أنَّ فائدةَ التعليقِ تأخيرُ الحُكْمِ إلىٰ أنْ يُوجَدَ الشَّرْطُ، وتأخيرُ ما كانَ متحقِّقًا في الماضي لَا يَصِحُّ؛ لأنَّ الإِقْرَارَ إخبارٌ عمَّا كانَ في ذِمَّتِه في الماضي، وليسَ بإيجابٍ مُبْتَدَأٍ للحالِ.

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٩٨].

لِأَنَّ الِاسْتِثْنَاءَ بِمَشِيئَةِ اللهِ: إِمَّا إِبْطَالٌ، أَوْ تَعْلِيقٌ؛ فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَقَدْ بَطَلَ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَكَذَلِكَ، إِمَّا لِأَنَّ الْإِقْرَارَ لَا يُحْتَمَلُ التَّعْلِيقَ بِالشَّرْطِ، أَوْ لِأَنَّهُ شَرْطٌ

وَجْهُ الاستحسانِ: أَنَّهُ تعليقُ أمرٍ ثابتٍ للحالِ بشَرْطٍ غيرِ مُتَحَقِّقٍ لَا يُعْرَفُ وجودُه، كما في الطَّلَاقِ والعَتَاقِ، فإذا كانَ تعليقًا كانَ الإقرارُ باطلًا؛ لأنَّ المُقِرَّ يُوجِبُ للمُقَرِّ لهُ [٦/١٦١و/م] حقًّا، والإيجابُ يَبْطُلُ بالتعليقِ كالهبةِ والبيعِ، أوْ لأنَّه تعليقٌ بشَرْطٍ لَا يُعْرَفُ وجودُه، ووقَعَ الشكُّ في وجودِ الشرطِ، فلَا يَقَعُ المعلَّقُ بالشكِّ، كالطَّلاقِ والعَتَاقِ إذا عُلِّقَا بمشيئةِ اللهِ تعالىٰ.

قولُه: (**لِأَنَّ** [١٣/٣٢و/د] **الِاسْتِثْنَاءَ بِمَشِيئَةِ اللهِ: إِمَّا إِبْطَالٌ، أَوْ تَعْلِيقٌ**)، يَعْنِي: أَنَّهُ إبطالٌ عندَ محمدٍ، تعليقٌ عندَ أبي يوسفَ.

بيانُه: فيما قالَ في كتابِ الطَّلَاقِ مِنَ «**الفتاوىٰ الصغرىٰ**»[١] و«**التتمَّةِ**»: «إذا قالَ: أنتِ طالقٌ إنْ شاءَ اللهُ تعالىٰ؛ فهو يَمينٌ عندَ أبي يوسفَ، حتىٰ لوْ قالَ لامرأتِه: إنْ حلفْتُ بطلاقكِ فأنتِ طالقٌ، ثُمَّ قالَ لها: أنتِ طالقٌ إنْ شاءَ اللهُ؛ يَحْنَثُ، وعندَ محمدٍ: لَا يَكُون يمينًا حتىٰ لَا يَحْنَثَ بهِ عندَه.

وقالَ في بابِ الطَّلَاقِ بعلَامةِ النونِ[٢] مِنَ «**الواقعاتِ الحُسَامِيّةِ**»: «رَجُلٌ قالَ لامرأتِه: أنتِ طالقٌ، فجرَىٰ علىٰ لسانِه: إنْ شاءَ اللهُ مِن غيرِ قصْدٍ، وكانَ قصْدُه إيقاعَ الطَّلَاقِ؛ لَا يقعُ الطَّلَاقُ؛ لأنَّ الاستثناءَ مَوْجُودٌ حقيقةً، والكلامُ معَ الاستثناءِ لَا يَكُونُ إيقاعًا».

---

(١) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد من كتاب الطلاق [ق/٧٥].

(٢) يعْنِي بـ: «علَامة النون»: ما رمَزَ به الصدرُ الشهيد في كتابه «الواقعات/ الفتاوىٰ الكبرىٰ» إلىٰ كتاب: «النوازل»، لأبي الليث السمرقندي. هكذا نصَّ عليه الصدرُ الشهيد في ديباجة كتابه. ينظر: «الفتاوىٰ الكبرىٰ= الواقعات» للصدر الشهيد [ق ٣/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي - تركيا/ (رقم الحفظ: ١٠٨٦)]، و«كشف الظنون» لحاجي خليفة [٢/١٢٢٨].

لَا يُوقَفُ عَلَيْهِ كَمَا ذَكَرْنَا فِي الطَّلَاقِ، بخلافِ مَا إذَا قَالَ: لفلانٍ عَلَيَّ مِئَةُ دِرْهَمٍ إذَا مِتُّ، أَوْ إذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ، أَوْ إذَا أَفْطَرَ النَّاسُ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَىٰ بَيَانِ الْمُدَّةِ، فَيَكُونُ تَأْجِيلًا لَا تَعْلِيقًا، حَتَّىٰ لَوْ كَذَّبَهُ الْمُقِرُّ لَهُ فِي الْأَجَلِ يَكُونُ الْمَالُ حَالًّا.

غاية البيان

قولُه: (بخلافِ مَا إذَا قَالَ: لفلانٍ عَلَيَّ مِئَةُ دِرْهَمٍ إذَا مِتُّ، أَوْ إذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ، أَوْ إذَا أَفْطَرَ النَّاسُ)، يَعْنِي: يَكُونُ ذلك تأجيلًا، فيَلْزَمُه الإِقْرَارُ لَا تعليقًا.

قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ في «**شرحِ الكافي**» للحاكمِ الشهيدِ: «ولوْ قالَ: اشهدُوا أنَّ لهُ عَلَيَّ مئةَ درهمٍ إنْ مُتُّ؛ فهيَ عليْهِ إنْ عاشَ أوْ ماتَ، وليسَ هذا باستثناءٍ ولا مُخاطَرةٍ[1]؛ لأنَّ هذا اللفظَ إِقْرَارٌ للحالِ، وأمْرٌ لهم بالشهادةِ بعدَ الموتِ. يَعْنِي: اشهدُوا بعدَ موتي حتىٰ لَا يَبْقَىٰ الدَّيْنُ عَلَيَّ، وعلىٰ هذا [١٣/٣٢ظ/د] أمورُ المسلمينَ.

وكذلكَ لوْ قالَ: لهُ عَلَيَّ ألفُ درهمٍ إذا جاءَ رأسُ الشهرِ، أوْ أفطَرَ الناسُ، أو إلىٰ الفِطْرِ، أوْ إلىٰ الأضحىٰ؛ فهذا كلُّه إِقْرَارٌ، وهوَ حالٌّ عليْهِ إنْ لَمْ يُقِرَّ الطالبُ بالأَجَلِ؛ لأنَّهُ ذكَرَ الوقتَ، وأنَّه يُذْكَرُ لتأخيرِ المطالبةِ، فكانَ مُقِرًّا بدَيْنٍ مُؤَجَّلٍ، فيَلْزَمُه».

وقالَ في «شرحِ الكافي» أيضًا: «ولوْ قالَ: لفلانٍ عَلَيَّ ألفُ درهمٍ إنْ شاءَ فلانٌ، فقالَ فلانٌ: قد شِئْتُ، فهذا الإِقْرَارُ بَاطِلٌ؛ لأَنَّهُ علَّقَ وما نَجَّزَ، واللزومُ: حكْمُ التنجيزِ لَا حُكْمُ التعليقِ.

وكذلكَ كلُّ إِقْرَارٍ عُلِّقَ بخَطرٍ أوْ شرْطٍ [٦/١٦١ظ/م]، نحوَ قولِه: إنْ دخلْتُ الدَّارَ، أوْ إنْ مطرتِ السماءُ، أوْ إنْ هبَّتِ الريحُ، أوْ إنْ [٢/٣٩١و] قضىٰ اللهُ، أوْ إنْ أرادَه، أوْ إنْ رَضِيَه، أوْ إنْ أحبَّه، أوْ إنْ أصبْتُ مالًا، أوْ إنْ كانَ كذلكَ، أوْ إنْ كانَ

(١) وذلك لأن الموت كائن لَا محالة. كذا جاء في حاشية: «تح»، و«م»، و«د».

قَالَ: وَمَنْ أَقَرَّ بِدَارٍ وَاسْتَثْنَى بِنَاءَهَا لِنَفْسِهِ؛ فَلِلْمُقَرِّ لَهُ الدَّارُ وَالْبِنَاءُ؛ لِأَنَّ الْبِنَاءَ دَاخِلٌ فِي هَذَا الْإِقْرَارِ مَعْنًى لَا لَفْظًا، وَالِاسْتِثْنَاءُ تَصَرُّفٌ فِي الْمَلْفُوظِ.

غاية البيان

ذلكَ حقًّا؛ لأنَّهُ تعليقُ الإقْرَارِ بالشَّرْطِ، فلَا يَكُونُ إقرارًا للحالِ، ولا يُمْكِنُ جَعْلُه إقرارًا عندَ وجودِ الشَّرْطِ؛ لأنَّهُ ليسَ بِمَوْجُودٍ في تلكَ الحالةِ.

بخلافِ تعليقِ الطَّلَاقِ والعَتَاقِ؛ لأَنَّا بقَّيْناه مِنْ حيثُ إنَّهُ يَمِينٌ ولهُ حُكْمٌ في الحالِ، وهوَ الحَمْلُ، أو المنعُ، ثُمَّ إذا جاءَ الشَّرْطُ انحلَّ التركيبُ، فوقَع الطَّلَاقُ، وهاهنا الحُكْمُ بخلافِه».

قولُه: (**قَالَ: وَمَنْ أَقَرَّ بِدَارٍ وَاسْتَثْنَى بِنَاءَهَا لِنَفْسِهِ؛ فَلِلْمُقَرِّ لَهُ الدَّارُ وَالْبِنَاءُ**)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «**مختصرِه**»[1]، وذلك لأنَّ البناءَ داخلٌ تحتَ الدَّارِ مَعْنًى لَا لفظًا، وإنَّما يَصِحُّ الاستثناءُ [١٣/٣٣و/د] فيما كانَ داخلًا تحتَ صَدْرِ الكلامِ لفْظًا، فلَمْ يَصِحَّ استثناءُ البناءِ.

قالَ «**صاحبُ الهدايةِ**»: (**وَالْفَصُّ فِي الْخَاتَمِ، وَالنَّخْلَةُ فِي الْبُسْتَانِ، نَظِيرُ الْبِنَاءِ فِي الدَّارِ**)، يَعْنِي: كما لَا يَصِحُّ استثناءُ البناءِ، لَا يَصِحُّ استثناءُ الفَصِّ والنَّخْلةِ؛ لأنَّهُ داخلٌ تحتَ الصدْرِ تبَعًا لَا لفظًا.

قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّين الأَسْبِيْجَابيُّ في «**شرحِ الكافي**» - **في بابٍ مِن** الإِقْرَار بقَبْضِ شيءٍ مِنْ مِلْكِ إنسانٍ، والاستثناءِ بالإقرارِ -: «**وإذا كانَتِ الدَّارُ في** يَدَيْ رَجُلٍ فأقرَّ أنَّها لفلانٍ إلَّا بيتًا منها معلومًا فإنَّه لي؛ **فهوَ على ما قالَ**، وكذلكَ لوْ قالَ: إلَّا ثلثَها، أوْ إلَّا تسعةَ أعشارِها لي؛ **فإنه يُصَدَّقُ؛ لأنَّهُ بالاستثناءِ تبَيَّنَ إنَّما** أقرَّ بما سوى المستثنى؛ لأنَّهُ تكَلَّمُ بالباقي.

ولوْ قالَ: الدَّار لفلانٍ، وهذا البيتُ لي؛ **كانَتِ الدَّار كلُّها لفلانٍ**، وكذلكَ لوْ

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريِّ» [ص/٩٨].

وَالْفَصُّ فِي الْخَاتَمِ، وَالنَّخْلَةُ فِي الْبُسْتَانِ نَظِيرُ الْبِنَاءِ فِي الدَّارِ؛ لِأَنَّهُ يَدْخُلُ فِيهِ تَبَعًا لَا لَفْظًا، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ إِلَّا ثُلُثَهَا أَوْ إِلَّا بَيْتًا مِنْهَا؛ لِأَنَّهُ دَاخِلٌ فِيهِ لَفْظًا.

غاية البيان

قالَ: الدَّار لفلانٍ، ولكنْ هذا البيتُ لي، كانَتِ الدَّارُ كلُّها لفلانٍ، وكذلك لوْ قالَ هذه الدارُ لفلانٍ وبناؤُها لي، أوْ قالَ: هذه الأرضُ لفلانٍ ونَخْلُها لي، أوْ قال: النَّخْلُ بأصولِه لفلانٍ وثمرتُه لي؛ لأنَّهُ أقَرَّ بهِ كلَّه لفلانٍ، ثُمَّ ادَّعَىٰ شيئًا منه بعدَ ذلكَ؛ فلَا يُصَدَّقُ إلَّا بحُجَّةٍ.

ولوْ قالَ: هذه الدَّارُ لفلانٍ إلَّا بناءَها فإنَّه لي؛ لَمْ يُصَدَّقْ أيضًا علىٰ البناءِ، والبناءُ تابعٌ، وليسَ هذا باستثناءٍ؛ لأنَّ الاستثناءَ [١٣/٣٣ظ/د]: إخراجُ بعضٍ ما تحتَ صَدْرِ الكلام، والبناءُ لَمْ يَدْخُلْ تحتَ صَدْرِ الكلامِ، وإنَّما دخَل بطريقِ التبعِيَّةِ، والاِتِّبَاعُ لَا يَتَنَاوَلُهُا الاستثناءُ.

كما لوْ قالَ: هذه الجَارِيَةُ لفلانٍ إلَّا بياضَها، أوْ جمالَها؛ فإنه لي، أليس أنَّهُ لَا يُصَدَّقُ؟ كذا هذا، وكذلك لوْ قالَ [٦/١٦٢و/م]: هذا البُسْتَانُ لفلانٍ إلَّا نَخْله بغيرِ أصولِه؛ فإنَّه لي، أوْ قالَ: هذه الجُبَّةُ لفلانٍ إلَّا بطانتَها فإنها لي، أوْ قال: هذا السَّيْفُ لفلانٍ إلَّا حِلْيته فإنها لي؛ لَمْ يَصِحَّ الاستثناءُ؛ لأنَّهُ استثناءٌ للتوابعِ، وأنها لَمْ تَدْخُلْ تحتَ صَدْرِ الكلامِ». كذا في «**شرحِ الكافي**».

وقالَ شيخُ الإسلامِ المعروفُ بخُوَاهَر زَادَه في بابِ الإِقْرَارِ في الدَّارِ منْ «**مبسوطِه**»: «ولو أقَرَّ فقالَ: هذه الدَّارُ لفلانٍ إلَّا بناءَها فإنَّه لي؛ فإنَّه لَا يَصِحُّ هذا الاستثناءُ، وتَكُونُ الأرضُ معَ البناءِ للمُقِرِّ.

فَرَّقَ بينَ هذا وبيْنَ ما إذا أقَرَّ فقالَ: هذه الدَّارُ لفلانٍ إلَّا هذا البيتَ؛ كانَ الاستثناءُ صحيحًا، وكان ما عدا البيتِ للمُقَرِّ له، والبيتُ للمُقِرِّ.

....

وَجْهُ الفرقِ بينهما: هوَ أنَّ البناءَ إنَّما دخلَ تحتَ الإِقْرَارِ تبعًا مِنْ حيثُ إنَّهُ مركَّبٌ على الأرضِ لَا مقصودًا، كما دخَل البناءُ تحتَ بَيْعِ الدَّارِ تبَعًا لَا مقصودًا، حتى إذا احترقَ البناءُ قبْلَ القَبْضِ؛ لَا يسْقُطُ شيءٌ مِنَ الثَّمَنِ، ولكنْ يَتَخيَّرُ المُشْتَرِي، فدَلَّ أنَّ [١٣/٣٤و/د] البناءَ إنَّما دخَلَ تحتَ الإِقْرَارِ بالدارِ تبعًا لَا مقصودًا.

ولا يَجُوزُ استثناءُ ما دخَلَ تحتَ الإِقْرَارِ تبعًا، كما لوْ أقَرَّ بالعبدِ واستثنى يدَه، أوْ رِجْلَه، أوْ صفةً مِن أوصافِه؛ لَمْ يَصِحَّ؛ لأنَّهُ دخلَ تحتَ الإِقْرَارِ تبعًا، فلَمْ يَصِحَّ استثناؤُه، وهذا لأنَّ الاستثناءَ استخراجٌ للمستثنَى مقصودًا مِنَ اللفظِ، فلَا يَجُوزُ إضافتُه إلى ما [٢/٣٩١ظ] دخَل تحتَ الإِقْرَارِ تبعًا، كالإقالةِ لَا يَجُوزُ إضافتُها إلى ما دخَلَ تحتَ البَيْعِ تبعًا؛ لأنَّهُ فَسْخٌ للبَيْعِ مقصودًا.

وإذا لَمْ يَصِحَّ الاستثناءُ: صارَ كأنَّه لَمْ يَسْتَثْنِ، ولوْ لَمْ يَسْتَثْنِ البناءَ؛ كانَ البناءُ والأرضُ للمُقَرِّ له، فكذلكَ هذا، بخلافِ البيتِ فإنَّه دخَلَ تحتَ الإِقْرَارِ مقصودًا، كما في البَيْعِ يَدْخُلُ تحتَ البَيْعِ مقصودًا، حتى لوِ استُحِقَّ البيتُ سقَطَ حِصَّتُه مِنَ الثَّمَنِ، واستثناءُ ما دخلَ تحتَ الإِقْرَارِ مقصودًا صحيحٌ، وإذا صحَّ الاستثناءُ جُعِلَ مُقِرًّا لهُ بما وراءَ البيتِ.

وكذلكَ لوْ قالَ: هذا البُسْتَانُ لفلانٍ إلَّا نَخْله بغيرِ أصولِه فإنَّه لي؛ **فإنَّه لَا يَصِحُّ** الاستثناءُ؛ لأنَّ النَّخْلَ إنَّما دخَلَ تحتَ الإِقْرَارِ بالبستانِ تبعًا لَا مقصودًا كما في البَيْعِ، وكانَ كالبناءِ مِنْ هذا الوجهِ، واستثناءُ البناءِ لَا يَصِحُّ، فكذلكَ هذا، بخلافِ ما لوِ استثنى نَخِيلَه بأصْلِها؛ لأنَّ الأصلَ دخَلَ تحتَ الإِقْرَارِ [١٣/٣٤ظ/د] مقصودًا لَا تبعًا، فكانَ كالبيتِ.

وكذلكَ لوْ قالَ: هذه الجُبَّةُ لفلانٍ إلَّا بطانتَها؛ لأنَّ البِطَانةَ دخلَتْ تحتَ الإِقْرَارِ بالجبةِ تبعًا لَا مقصودًا، كما في بابِ البَيْعِ تَدْخُلُ البِطَانةُ تحتَ بَيْعِ الجُبَّةِ

وَلَوْ قالَ: بِنَاءُ هَذِهِ الدَّارِ لِي، وَالْعَرْصَةُ لِفُلَانٍ؛ فَهُوَ كَمَا قَالَ؛ لِأَنَّ الْعَرَصَةَ

[٦/١٦٢ظ/م] مِنْ غيرِ ذِكْرٍ تبعًا، فكانَتْ كالبناءِ».

قالَ **خُوَاهَر زَادَه**: «وقدْ ذكرَ في **«السِّيَرِ الكبيرِ»**[١]: «أنَّ الإمامَ إذا نَفَّلَ فقالَ: مَنْ أصابَ جُبَّةَ خَزٍّ فهيَ له، فأصابَ جُبَّةَ خَزٍّ، كانَ لهُ الظِّهَارةُ دونَ البطَانةِ[٢]»، فلَمْ يجْعَلِ البطَانةَ [في][٣] التنفيلِ تبَعًا[٤] للجُبَّةِ، واعتبرَ هاهنا تبَعًا للظِّهارةِ حتىٰ لَمْ يُصَحِّحِ الاستثناءَ.

وتأويلُ ذلكَ: أنَّ ما قالَ في **«السِّيَرِ الكبيرِ»** محمولٌ علىٰ جُبَّةِ خَزٍّ بِطَانتُها مِثْلُ ظِهَارتِها في النفاسةِ، فلَا تَكُونُ البِطَانَةُ تبعًا للظِّهارةِ، فكانَتا بمنزلةِ جُبَّتَيْنِ، وما ذكرَ هاهنا محمولٌ علىٰ جُبَّةٍ بِطانتُها في النفاسةِ دونَ الظِّهارةِ، فتَكُونُ تبَعًا للظِّهارةِ، ولَا تَكُونُ بمعنىٰ جُبَّتَيْنِ، حتىٰ لوْ كانَتِ البَطَانةُ مِثْلُ الظِّهارةِ في النفاسةِ، بأنْ كانَتْ جُبَّةَ خَزٍّ ظِهارتُها وبطَانتُها مِنْ خَزٍّ أوْ مِن غيرِ خَزٍّ، لكنَّها في النفاسةِ مِثْلُها؛ يَصِحُّ استثناءُ البِطَانةِ؛ لأنَّ كُلَّ واحدٍ منهما يَكُونُ داخلًا تحتَ الإِقْرَارِ مقصودًا لَا تبعًا، فيَصِحُّ استثناءُ أحدِهما مِنَ الآخرِ حينئذٍ».

قالَ: «وكذلكَ لوْ قالَ: هذا السَّيْفُ لفلانٍ [١٣/٣٥و/د] إلَّا حِلْيتَه فإنه لي؛ فإنَّه لَا يَصِحُّ الاستثناءُ؛ لأنَّ الحِلْيَةَ دخلَتْ تحتَ الإِقْرَارِ بالسيفِ تبَعًا كما في بابِ البَيْعِ؛ ولهذا لَا يسْقُطُ بفَواتِه قبْلَ القَبْضِ شيءٌ مِنَ الثَّمَنِ، فكانَتْ بمنزلةِ البناءِ مِنْ هذا الوجهِ».

قولُه: (وَلَوْ قالَ: بِنَاءُ هَذه الدَّارِ لِي، وَالْعَرْصَةُ لِفُلَانٍ؛ فَهُوَ كَمَا قَالَ)، وهذا

---

(١) ينظر: «السِّيَر الْكَبِير/ مع شرْح السرخسي» لمحمد بن الحسن [٢/٢١٧].

(٢) **الظِّهارَةُ**: نَقِيضُ البِطَانَة، فظِهَارَةُ الثوب: ما عَلَا منه وظَهَر، ولمْ يَلِ الجسد، وبِطَانَتُه: ما وَلِيَ منه الجسد وكان داخِلًا. ينظر: «تاج العروس» للزَّبيدي [٧/١٧٢/ مادة: ظهر].

(٣) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

(٤) وقع بالأصل: «نفعًا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

عِبَارَةٌ عَنِ الْبُقْعَةِ دُونَ [٨٥/ظ] الْبِنَاءِ، فَكَأَنَّهُ قَالَ بَيَاضُ هَذِهِ الْأَرْضِ دُونَ الْبِنَاءِ لِفُلَانٍ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ مَكَانَ الْعَرَصَةِ أَرْضًا حَيْثُ يَكُونُ الْبِنَاءُ لِلْمُقَرِّ لَهُ؛ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ بِالْأَرْضِ إِقْرَارٌ بِالْبِنَاءِ كَالْإِقْرَارِ بِالدَّارِ.

غاية البيان

لفظُ القُدُورِيِّ أيضًا في «**مختصرِهِ**»[1]، **يَعْنِي**: أن عَرْصَةَ الدَّارِ للمُقَرِّ لهُ، والبناءُ للمُقِرِّ، وذلكَ لأنَّ العَرْصَةَ في اللغةِ عبارةٌ عنْ كلِّ بُقْعةٍ ليسَ فيها بناءٌ، فلَمْ تَتَنَاوَلِ العَرْصَةُ البناءَ، فلَمْ يَكُنِ البناءُ للمُقَرِّ لهُ بالعَرْصَةِ، ألا ترىٰ أنَّ صاحبَ «**الجمهرةِ**» قالَ: «عَرْصَةُ الدَّارِ: ما لَا بناءَ فيهِ»[2].

قالَ صاحبُ «الهدايةِ»: (بخلافِ مَا إِذَا قالَ مَكَانَ الْعَرَصَةِ: أَرْضًا؛ حيثُ يَكُون الْبِنَاءُ لِلْمُقَرِّ لَهُ)، يَعْنِي: إذا قالَ: بناءُ هذه الدَّارِ لي، وأرضُها لفلانٍ؛ يَكُونُ البناءُ والأرضُ جميعًا للمُقَرِّ لهُ بالأرضِ؛ وذلكَ لأنَّ الإقْرَارَ بالأرضِ إقْرَارٌ بالبناءِ أيضًا، كما إذا أقَرَّ بالدارِ؛ لأنَّ الأرضَ عبارةٌ عنِ الأصلِ، فيَكُونُ الإقْرَارُ بالأصلِ إقرارًا[3] بالتبعِ.

قالَ الحاكمُ في «الكافي»: «ولوْ بدأَ فقالَ: بناءُ هذه الدَّارِ لي، وأرضُها لفلانٍ؛ كانَتِ الأرضُ والبناءُ لفلانٍ، ولوْ قالَ: هذه الأرضُ لفلانٍ؛ كانَتِ الأرضُ والبناءُ لفلانٍ. ولوْ قالَ: البناءُ لفلانٍ والأرضُ للآخرِ؛ كانَ البناءُ للأولِ [٦/١٦٣و/م] والأرضُ للثاني، ولا يَجُوزُ إقرارُه للثاني علىٰ الأولِ، كما يَجُوزُ علىٰ نفسِه»[4]. إلىٰ هنا لَفْظُ «**الكافي**».

قال شمسُ الأئمةِ في «شرحِ الكافي»: «لأنَّ أولَ كلامِه هنا إِقْرَارٌ مُعْتَبرٌ بالبناءِ

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٩٨].
(٢) ينظر: «جمهرة اللغة» لابن دريد [٢/٧٣٨].
(٣) وقع بالأصل: «إقرار». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».
(٤) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٢٩٩].

وَلوْ قالَ: لهُ عَلَيَّ ألفُ درهمٍ مِنْ ثَمَنِ عَبْدٍ اشْتَرَيْتُهُ مِنْهُ وَلَمْ أَقْبِضْهُ، فَإِنْ ذَكَرَ عَبْدًا بِعَيْنِهِ قِيلَ لِلْمُقَرِّ لَهُ: إنْ شِئْتَ فَسَلِّم الْعَبْدَ، وَخُذِ الْأَلْفَ، وَإِلَّا فلَا شَيْءَ لَكَ.

غاية البيان

للأولِ، فهَبْ أنَّ آخرَ كلامِه إقْرَارٌ [٢/٣٩٢و] بالأرضِ والبناءِ، ولكنْ إقرارُه فيما صارَ مُسْتحقًّا لغيرِه لَا يَصِحُّ، فكانَ للثاني الأرضُ خاصَّةً، فأَمَّا في الأوَّلِ: آخرُ كلامِه إقْرَارٌ بالأرضِ والبناءِ، وهما جميعًا مِلْكُه»[١].

قولُه: (وَلوْ قالَ: لهُ عَلَيَّ ألفُ درهمٍ مِنْ ثَمَنِ عَبْدٍ اشْتَرَيْته منه وَلَمْ أَقْبِضْهُ، فَإِنْ ذَكَرَ عَبْدًا بِعَيْنِهِ قِيلَ لِلْمُقَرِّ لَهُ: إنْ شِئْتَ فَسَلِّمِ الْعَبْدَ، وَخُذِ الْأَلْفَ، وَإِلَّا فلَا شَيْءَ لَكَ)، هذا لفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصرِه»[٢].

اعلمْ: أَنَّهُ إذا أَقَرَّ أنَّ عَلَيَّ لفلانٍ ألفُ درهمٍ مِن ثَمَنِ هذا العبدِ؛ فلَايَخْلُو: إمَّا إنْ كانَ العبدُ في يدِ المُقِرِّ، أوْ في يدِ المُقَرِّ لَهُ، أوْ في يدِ ثالثٍ، فإذا كانَ في يدِ المُقِرِّ: فإنْ صَدَّقَه الطالبُ فيما أقَرَّ لزمَه ألفُ درهمٍ؛ لأنَّ الثابتَ [١٣/٣٥ظ/د] بتصادُقِهما كالثابتِ مُعَايَنَةً.

ولوْ عايَنا أَنَّهُ اشْتَرَىٰ منه هذا العبدَ، والعبدُ في يدِه؛ كانَ عليْهِ ألفُ درهمٍ، فكذلكَ هذا، فأَمَّا إذا قالَ الطالبُ: العبدُ عبدي، وإنما بِعْتُك عبدًا غيرَه، وأَخَذَ العبدَ منه؛ فإنَّه لَا يَلْزَمُه شيءٌ؛ لأنهما لَمْ يتصادَقا علىٰ الوُجُوبِ، فإن المُقِرَّ إنَّما أَقَرَّ لهُ بألفِ درهمٍ بدَلًا عنْ هذا العبدِ، فإذا لَمْ يَسْلَمْ لهُ العبدُ لَا يَسْلَمُ للمُقَرِّ له بدَلُه.

فأَمَّا إذا قالَ: العبدُ عبْدُك، وإنَّما بِعْتُكَ عبدًا غيرَه وقبضتَه، ولي عليك ألفُ درهمٍ مِنْ ثمنِه؛ فإنه يَلْزَمُه ألفُ درهمٍ؛ لأنَّهما اختلَفا في الجهةِ التي وجَبَ الألفُ، واتفَقا علىٰ الوُجُوبِ.

---

(١) ينظر: «المبسوط» للسَّرَخْسِيِّ [١٨/٧٦].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/٩٩].

قَالَ الْعَبْدُ الضعيفُ رحمه الله: هَذَا عَلَىٰ وُجُوهٍ:

أَحَدُهَا: هَذَا وَهُوَ أَنْ يُصَدِّقَهُ وَيُسَلِّمَ الْعَبْدَ، وَجَوَابُهُ مَا ذُكِرَ، لِأَنَّ الثَّابِتَ بِتَصَادُقِهِمَا كَالثَّابِتِ مُعَايَنَةً.

وَالثَّانِي: أَنْ يَقُولَ الْمُقَرُّ لَهُ: الْعَبْدُ عَبْدُكَ مَا بِعْتُكَهُ، وَإِنَّمَا بِعْتُكَ عَبْدًا غَيْرَ هَذَا، وَفِيهِ الْمَالُ لَازِمٌ عَلَى الْمُقِرِّ لِإِقْرَارِهِ بِهِ عِنْدَ سَلَامَةِ الْعَبْدِ لَهُ، وَقَدْ سُلِّمَ وَلَا يُبَالِي بِاخْتِلَافِ السَّبَبِ بَعْدَ حُصُولِ الْمَقْصُودِ.

وَالثَّالِثُ: أَنْ يَقُولَ الْعَبْدُ عَبْدِي مَا بِعْتُكَ، وَحُكْمُهُ أَلَّا يَلْزَمَ الْمُقِرَّ شَيْءٌ؛ لِأَنَّهُ مَا أَقَرَّ بِالْمَالِ إِلَّا عِوَضًا عَنِ الْعَبْدِ فَلَا يَلْزَمُهُ دُونَهُ.

ولو قَالَ مَعَ ذَلِكَ: إِنَّمَا بِعْتُكَ غَيْرَهُ يَتَحَالَفَانِ؛ لِأَنَّ الْمُقِرَّ يَدَّعِي تَسْلِيمَ مَنْ عَيَّنَهُ وَالْآخَرُ يُنْكِرُ، وَالْمُقَرُّ لَهُ يَدَّعِي عَلَيْهِ الْأَلْفَ بِبَيْعِ غَيْرِهِ، وَالْآخَرُ يُنْكِرُ، وَإِذَا تَحَالَفَا بَطَلَ الْمَالُ، هَذَا إِذَا ذَكَرَ عَبْدًا بِعَيْنِه.

غاية البيان

أَمَّا الطالبُ: فلأنَّه ادَّعىٰ وجوبَ ألفِ درهمٍ بسببِ بَيْعِ عبْدٍ آخرَ اشْتُرِيَ منه وقَبَضه، وهوَ إقرارٌ بالوجوبِ بدلًا عنْ هذا العبدِ، وقدْ سلَّمَ لهُ العبدَ، فقد تصادَقا علىٰ الوُجُوبِ، واختلَفا في جهةِ الوُجُوبِ، وفي مِثْلِ هذا يُقْضَىٰ بألفِ درهمٍ، كما لوْ أقرَّ فقالَ: عَلَيَّ ألفُ درهمٍ لفلانٍ مِنْ غَصْبٍ، وقالَ الآخرُ: لَا بلْ مِنْ قَرْضٍ.

وإنْ كانَ العبدُ في يدِ المُقَرِّ لَهُ، إنْ صَدَّقَه المُقَرُّ لهُ فيما أقَرَّ به؛ فإنه يُسَلِّمُ الثَّمَنَ ويأْخُذُ العبدَ؛ لأنَّ بَيْعَ هذا العبدِ ثبَتَ بتصادُقِهما، فصارَ كالثابتِ مُعايَنَةً، ولوْ عايَنا أنَّهُ اشْتَرَىٰ منه هذا العبدَ، والعبدُ في يدِ البَائِعِ، فقالَ للمُشْتَرِي: انْقُدِ الثَّمَنَ وخُذِ العبدَ [٦/١٦٣ظ/م]؛ صحَّ، فكذلكَ هذا.

[١٣/٣٦و/د] فأمَّا إذا قالَ: العبدُ عبدُك، ولي عليكَ ألفُ درهمٍ مِن ثَمَنِ عبْدٍ آخرَ

وَإِنْ قَالَ: مِنْ ثَمَنِ عَبْدٍ اشْتَرَيْتُهُ، وَلَمْ يُعَيِّنْهُ لَزِمَهُ الْأَلْفُ، وَلَا يُصَدَّقُ فِي قَوْلِهِ: مَا قَبَضْتُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله وَصَلَ أَمْ فَصَلَ؛ لِأَنَّهُ رُجُوعٌ فَإِنَّهُ أَقَرَّ بِوُجُوبِ الْمَالِ رُجُوعًا إِلَىٰ كَلِمَةِ: عَلَيَّ، وَإِنْكَارُهُ الْقَبْضَ فِي غَيْرِ الْمُعَيَّنِ يُنَافِي الْوُجُوبَ أَصْلًا؛ لِأَنَّ الْجَهَالَةَ مُقَارِنَةً كَانَتْ أَوْ طَارِئَةً بِأَنِ اشْتَرَىٰ عَبْدًا ثُمَّ نَسِيَاهُ عِنْدَ الِاخْتِلَاطِ بِأَمْثَالِهِ تُوجِبُ هَلَاكَ الْمَبِيعِ فَيَمْتَنِعُ وُجُوبَ نَقْدِ الثَّمَنِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ كَانَ رُجُوعًا فَلَا يَصِحُّ وَإِنْ كَانَ مَوْصُولًا.

غاية البيان

قبضتَه مني؛ فإنه يَلْزَمُه ألفُ درهمٍ؛ لأنهما تصادَقا علىٰ الوُجُوبِ، واختلَفا في جهةِ الوُجُوبِ، والاختلافُ في الجهةِ لَا يَمْنَعُ الوُجُوبَ متىٰ تصادَقا علىٰ الوُجُوبِ، وهذا؛ لأَنَّهُ لَا عِبْرَةَ باختلافِ الطريقِ إذا وقَع الاتفاقُ علىٰ الحُكْمِ.

وإنْ قالَ: لَمْ أبِعْكَ هذا العبدَ، والعبدُ عبْدي، وإنما بِعْتُك عبدًا آخرَ وقبضتَه مني؛ لَا يَلْزَمُه الألفُ؛ لأنهما لَمْ يتصادَقا علىٰ الوُجُوبِ؛ لأنَّ المُقِرَّ ما[1] أقَرَّ بوجوبِ الألفِ مطلقًا، وإنما أقَرَّ بدلًا عنِ العبدِ، ولَمْ يَسْلَمْ لهُ العبدَ، فلَا يَكُونُ مُقِرًّا بالوجوبِ، فيُحَلَّفُ كُلُّ واحدٍ منهما علىٰ دعوىٰ صاحبِه، فيَسْلَمُ العبدُ للمُقَرِّ لهُ، ويَبْطُلُ المالُ؛ لأنَّ الطالبَ يدَّعِي عليْهِ تسليمَ الثَّمَنِ ببَيْعِ غيرِ هذا العبدِ، وهوَ يُنْكِرُ، والمُقِرُّ يدَّعِي تسليمَ هذا العبدِ، وهوَ يُنْكِرُ، فيتحالفانِ، فلوْ كانَ العبدُ في يدِ ثالثٍ، إنْ صَدَّقَه المُقَرُّ لَهُ، وأمْكنَه تسليمُه؛ لزمَه المالُ، وإلَّا فلَا.

قولُه: (وَإِنْ قَالَ: مِنْ ثَمَنِ عَبْدٍ اشْتَرَيْتُهُ، وَلَمْ يُعَيِّنْهُ؛ لَزِمَهُ الْأَلْفُ، وَلَا يُصَدَّقُ فِي قَوْلِهِ: مَا قَبَضْتُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله**)**، هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ[2] أيضًا.

وقالَ أبو يوسفَ ومحمدٌ: القولُ قولُ المطلوبِ؛ لأنَّهُ لَمْ يَقْبِضْه إذا وصَلَ

---

(١) وقع بالأصل: «المُقِرّ بما». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٩٩].

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ: إِنْ وَصَلَ صُدِّقَ وَلَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ، وَإِنْ فَصَلَ لَمْ يُصَدَّقْ إِذَا أَنْكَرَ الْمُقَرُّ لَهُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ مِنْ ثَمَنِ عَبْدٍ، وَإِنْ أَقَرَّ أَنَّهُ بَاعَهُ [٨٥/و] مَتَاعًا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُقِرِّ.

غاية البيان

كلامَه، وإنْ قطَعَ لَمْ يُصَدَّقْ[١]، وهوَ قولُ الشَّافِعِيِّ رحمه الله [١٣/٣٦ظ/د]. كذا في «**شرحِ الأقطعِ**»[٢].

وقولُ زُفَرَ والحسنِ مِثْلُ قولِ أبي حَنِيفَةَ. كذا في كتابِ «**التقريبِ**».

والحاصلُ: أنَّهُ لَا يُصَدَّقُ عندَ أبي حَنِيفَةَ رحمه الله وَصَلَ أمْ فَصَلَ.

وعندَ صاحِبَيْه: يُصَدَّقُ إذا صَدَّقَه المُقَرُّ لهُ في الجهةِ، وَصَلَ أمْ فَصَلَ، وإنْ كَذَّبَه صُدِّقَ إذا وَصَلَ [٢/٣٩٢ظ]، وذلكَ لأنَّهما يجْعلانه بيانًا محْضًا إذا صَدَّقَه في الجهةِ؛ لأنَّ الاتفاقَ وقَعَ على وجوبِه بجهةٍ، فلَا يَجِبُ تسليمُ الثَّمَنِ إلَّا وأنْ يَكُونَ المَبِيعُ مقبوضًا، ولَمْ يُوجدِ الإِقْرَارُ في القَبْضِ.

وإنْ كَذَّبَه في الجهةِ؛ كانَ بيانًا فيهِ معنى التغييرِ، على معنى: أنَّ الحُكْمَ لَا بُدَّ لهُ مِنْ سببٍ، وقضيةُ مُطْلَقِ الإِقْرَارِ تَسْتَدْعِي أنْ يَكُونَ مطالبًا بهِ، وباعتبارِ بيانِ السَّبَبِ غير مُطالبٍ، فكانَ بيانًا فيهِ معنى التغييرِ، فلَا يَصِحُّ مفصولًا، كما إذا قالَ: لفلانٍ عَلَيَّ ألفُ درهمٍ إلَّا أنَّهُ نَقْدُ بلدِ كذا؛ لَا يَصِحُّ مفصولًا، كذا هذا.

ولأبي حَنِيفَةَ رحمه الله: أنَّ الإِقْرَارَ بالألفِ عِلَّةٌ لوجوبِ المطالبةِ بالإيفاءِ، فإنَّ عِلَّةَ وجوبِ الإيفاءِ هوَ كونُه واجبًا في الذِّمَّةِ [٦/١٦٤و/م]، ومَنْ أقَرَّ بعلَّةٍ؛ كانَ مُقِرًّا

---

(١) واعتمد قوله البرهاني والنسفي وصدر الشريعة وأبو الفضل الموصلي. ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» [٣/٣٠٨]، «المحيط البرهاني» [٨/٥٢٨]، «الاختيار لتعليل المختار» [٢/١٣٥]، «التصحيح والترجيح» [ص٢٥٠]، «مجمع الضمانات» [١/٣٧٢]، «مجمع الأنهر» [٢/٢٩٩]، «تكملة البحر الرائق» [٧/٢٥٣]، «رد المحتار» [٥/٦٠٨].

(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٢٩٠].

وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ أَقَرَّ بِوُجُوبِ الْمَالِ عَلَيْهِ وَبَيَّنَ سَبَبًا وَهُوَ الْبَيْعُ، فَإِنْ وَافَقَهُ الطَّالِبُ فِي السَّبَبِ، وَبِهِ لَا يَتَأَكَّدُ الْوُجُوبُ إِلَّا بِالْقَبْضِ، وَالْمُقِرُّ يُنْكِرُهُ فَيَكُونُ الْقَوْلُ لَهُ، وَإِنْ كَذَّبَهُ فِي السَّبَبِ كَانَ هَذَا مِنَ الْمُقِرِّ بَيَانًا مُغَيِّرًا؛ لِأَنَّ صَدْرَ كَلَامِهِ لِلْوُجُوبِ مُطْلَقًا، وَآخِرُهُ يَحْتَمِلُ انْتِفَاءَهُ عَلَى اعْتِبَارِ عَدَمِ الْقَبْضِ، وَالْمُغَيِّرُ يَصِحُّ مَوْصُولًا لَا مَفْصُولًا.

غاية البيان

بالحُكْمِ، فباعتبارُ النظرِ إلى السَّبَبِ يَصِيرُ قولُه: إلَّا أنِّي لَمْ أقْبِضْ مُعارضًا لهُ في مَنْعِ الحُكْمِ، فلَا تُقْبَلُ دعوى المعارضِ.

وقولُهما: بأنَّ الاتفاقَ على الجهةِ متى وُجِدَ لَا يَجِبُ إلَّا بعدَ القَبْضِ، ولَمْ يُقِرَّ بِالقَبْضِ.

قلْنا: الإِقْرَارُ بالوجوبِ إِقْرَارٌ بِعِلَّةِ وجوبِ [١٣/٣٧و/د] التَّسْلِيمِ، فكون المَبِيعِ مُسَلَّمًا، أوْ غيرَ مُسَلَّمٍ ليسَ مِن السَّبَبِ في شيءٍ، إنَّما هوَ حالةُ الوُجُوبِ، فهما نظَرا إلى الحُكْمِ دونَ العِلَّةِ، وقالا: الحُكْمُ هوَ وجوبُ التَّسْلِيمِ، لَا يأتي إلَّا عندَ تسليمِ المَبِيعِ، ولَمْ يُقِرَّ بقَبْضِ المَبِيعِ، فصارَ مُمْتَنِعًا عنِ التزامِ الحُكْمِ.

وأبو حَنِيفَةَ يَقُولُ: هذا باعتبارِ السَّبَبِ بمنزلةِ المُعارضِ، فإنَّ امتناعَ الحُكْمِ بعدَ وجودِ[1] السَّبَبِ؛ لَا يَكُونُ إلَّا لمعارضٍ، ومتى صارَ مُعارضًا بقضيةِ السَّبَبِ؛ لَمْ يُقْبَلْ ذلكَ منهُ. كذا في «**إشاراتِ الأسرارِ**».

وقالَ في كتابِ «التقريبِ» في تعليلِ أبي حَنِيفَةَ: إنَّ إقرارَه يقْتَضِي ثبوتَ المالِ في ذِمَّتِه، وإضافتُه إلى مَبِيعٍ غيرِ مُعَيَّنٍ يقْتَضِي إسقاطَه، فلَمْ يُصَدَّقْ في الرُّجُوعِ عنْ الإِقْرَارِ؛ ولأنَّه لَايَخْلُو:

إمَّا أنْ يدَّعِيَ جَهَالَةَ المَبِيعِ حالةَ العَقْدِ، فلَا يُسْتَحقُّ عليْهِ ثمنُه.

(١) وقع بالأصل: «بعد وجوب». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

وَلَوْ قَالَ: ابْتَعْتُ مِنْهُ بَيْعًا إِلَّا أَنِّي لَمْ أَقْبِضْهُ؛ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ بِالْإِجْمَاعِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ ضَرُورَةِ الْبَيْعِ الْقَبْضِ، بِخِلَافِ الْإِقْرَارِ بِوُجُوبِ الثَّمَنِ.

قَالَ: وَكَذَا لَوْ قَالَ: مِنْ ثَمَنِ خَمْرٍ، أَوْ خِنْزِيرٍ وَمَعْنَى الْمَسْأَلَةِ إِذَا قَالَ

غاية البيان

أوْ يدَّعِي أنَّهُ كانَ معلومًا ثُمَّ جُهِلَ، وهذا يوجِبُ فَسادَ البَيْعِ، وسقوطَ الثَّمَنِ، ألا ترى أنَّ مَن اشْتَرَى عبدًا فاختلَطَ بغيرِه؛ فسَدَ البَيْعُ، ومَنِ اعترَفَ بدَيْنٍ، ثُمَّ ادَّعَى سقوطَه؛ لَمْ يُقْبَلْ، وليسَ كذلكَ المَبيعُ المُعَيَّنُ؛ لأنَّ ثمنَه يَجُوزُ أنْ يَلْزَمَه، فقدْ أضافَ الدَّيْنَ إلى جهةٍ يَجُوزُ ثبوتُه منها.

وقالَ في «**شرحِ الأقطعِ**»: «وقدْ قيلَ على قولِهما: يَرْجِعُ إلى المُقَرِّ لَهُ، فإنْ صَدَّقَه أنَّهُ مِن ثَمَنِ عبْدٍ؛ فالقولُ قولُه: أنَّهُ لَمْ يَقْبِضْه؛ لأنَّ العبدَ لَا يَصِيرُ في ضمانِه إلَّا بالقَبْضِ، فلَا يُقْبَلُ قولُ [١٣/٣٧ظ/د] البَائِعِ عليْهِ في القَبْضِ، وإنْ جَحَدَ لزمَه المالُ؛ لأنَّهُ يُريدُ الرُّجُوعَ عما أقَرَّ بهِ، فلَا يُقْبَلُ منه»[١].

قولُه: (**وَلَوْ قَالَ: ابْتَعْتُ مِنْهُ بَيْعًا إِلَّا أَنِّي لَمْ أَقْبِضْهُ؛ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ بِالْإِجْمَاعِ**)، ذكرَ هذا تفريعًا على مسألةِ القُدُورِيِّ.

قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيجَابيُّ في «شرحِ الكافي»: «ولوْ قالَ: ابتعْتُ منه بيعًا بألفِ درهمٍ، ثُمَّ قالَ: لَمْ أَقْبِضْه؛ كانَ القولُ قولَه في قولِهم جميعًا؛ لأنَّهُ ما أقرَّ بالوجوبِ عليه، بلْ أقرَّ بالبَيْعِ، وليسَ مِن ضَرُورَةِ صحَّةِ البَيْعِ أنْ يَكُونَ المَبيعُ مقبوضًا».

قولُه: (**قَالَ: وَكَذَا لَوْ قَالَ: مِنْ ثَمَنِ خَمْرٍ، أَوْ خِنْزِيرٍ**)، أي: **قالَ القُدُورِيُّ في «مختصرِه»**[٢]، وهذا عطْفٌ على قولِه [٦/١٦٤ظ/م]: (**لَزِمَهُ الْأَلْفُ**)، **عندَ قولِه:**

---

(١) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٢٩٠].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٩٩].

لِفُلَانٍ: عَلَيَّ أَلْفٌ مِنْ ثَمَنِ خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ **لَزِمَهُ الْأَلْفُ وَلَمْ يُقْبَلْ تَفْسِيرُهُ** عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَصَلَ أَمْ فَصَلَ؛ لِأَنَّهُ رُجُوعٌ؛ لِأَنَّ ثَمَنَ الْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ لَا يَكُونُ وَاجِبًا، وَأَوَّلُ كَلَامِهِ لِلْوُجُوبِ، وَقَالَا: إِذَا وَصَلَ لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ؛ لِأَنَّهُ بَيَّنَ بِآخِرِ كَلَامِهِ أَنَّهُ مَا أَرَادَ بِهِ الْإِيجَابَ، وَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ فِي آخِرِهِ إِنْ شَاءَ اللهُ. قُلْنَا: ذَاكَ تَعْلِيقٌ وَهَذَا إِبْطَالٌ.

غاية البيان

(**وَإِنْ قَالَ: مِنْ ثَمَنِ عَبْدٍ اشْتَرَيْتُهُ، وَلَمْ يُعَيِّنْهُ؛ لَزِمَهُ الْأَلْفُ**)، يَعْنِي: إذا قالَ: لهُ عَلَيَّ ألفٌ مِنْ ثَمَنِ خَمْرٍ، أَوْ خِنْزِيرٍ؛ لزمَه الألفُ، ولم يُقْبَلْ تفسيرُه، ولَمْ يَذْكُرِ القُدُورِيُّ في «**مختصرِهِ**» خلافًا، وإنَّما ذكرَه الحاكمُ في «**مختصرِ الكافي**»[1].

قال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ في «شرحِ الكافي»: «لوْ قالَ: عَلَيَّ ألفُ درهمٍ مِن ثَمَنِ خَمْرٍ ووَصَلَ؛ لَمْ يُصَدَّقْ في قياسِ قولِ أبي حَنِيفَةَ، ويُصَدَّقُ في قولِ أبي يوسفَ ومحمدٍ، هما مَرَّا على أصْلِهما: أنَّ هذا بيانٌ مُغَيِّرٌ، وأبو حَنِيفَةَ [٣٩٣/٢و] يَقُولُ: لَمَّا قالَ: عَلَيَّ؛ فقدْ وَصَفَ بالوجوبِ، فإذا قالَ: مِن ثَمَنِ خَمْرٍ؛ فقدْ ناقَضَ [١٣/٣٨و/د]؛ لأنَّ ثَمَنَ الخَمْرِ لَا يَتَّصِفُ بالوجوبِ عليه». كذا في «**شرحِ الكافي**».

ولكنْ هذا فيما إذا كَذَّبَه الطالبُ، أَمَّا إذا صَدَّقَه في ذلكَ؛ لَا يَلْزَمُه شيءٌ في قولِهم جميعًا؛ لأنَّ الثابتَ بتصادُقِهما كالثابتِ مُعَايَنَةً، وكذلكَ الحُكْمُ فيما إذا قالَ: مِن ثَمَنِ حُرٍّ، أوْ مَيْتَةٍ، أوْ دَمٍ، وبهِ صَرَّح شيخُ الإسلامِ خُوَاهَر زَادَه في «**مبسوطِهِ**» في بابِ الإِقْرَارِ بدَيْنٍ مِن ثَمَنِ متاعٍ.

ونَقَلَ في «**الأجناسِ**» عن كتابِ إِقْرَارِ «**الأصلِ**»[2] ـ روايةِ هشامٍ ـ: «لوْ قالَ:

---

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٢٩٩].

(٢) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٨/٤١٤/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

وَلوْ قالَ: لهُ عَلَيَّ أَلْفٌ مِنْ ثَمَنِ مَتَاعٍ، أَوْ قَالَ: أَقْرَضَنِي أَلْفَ دِرْهَمٍ ثُمَّ قَالَ: هيَ زُيُوفٌ أَوْ نَبَهْرَجَةٌ، وقالَ المُقَرُّ لَهُ: جِيادٌ؛ لَزِمَهُ الْجِيَادُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: إنْ قَالَ: مَوْصُولًا يُصَدَّقُ، وَإِنْ قَالَ: مَفْصُولًا لَا يُصَدَّقُ وَعَلَىٰ هَذَا الْخِلَافِ إِذَا قَالَ هِيَ سُتُوقَةٌ أَوْ رَصَاصٌ، وَعَلَىٰ هَذَا إِذَا قال: إِلَّا أَنَّهَا زُيُوفٌ، وَعَلَىٰ هَذَا إِذَا قَالَ: لِفُلَانٍ عَلَيَّ أَلْفُ دِرْهَمٍ زُيُوفٍ مِنْ ثَمَنِ مَتَاعٍ.

ـــــــ غاية البيان ـــــــ

لفلانٍ عَلَيَّ ألفُ درهمٍ مِن ثَمَنِ خَمْرٍ أوْ خِنْزِيرٍ، وهما مُسْلمانِ، وقالَ الطالبُ: بلْ هوَ مِن ثَمَنِ بَزٍّ، فالمالُ لازمٌ للمطلوبِ في قولِ أبي حَنِيفَةَ رحمه الله مع يَمِينِ الطالبِ، وقالَ أبو يوسفَ ومحمدٌ: القولُ قولُ المطلوبِ مع يمينه، ولا شيءَ عليهِ.

أَلَا ترىٰ أَنَّهُ لوْ قالَ: عَلَيَّ درهمٌ ثَمَنُ مَيْتَةٍ، أوْ رطْلِ خَمْرٍ؛ كانَ ذلكَ باطلًا».

ثُمَّ قالَ في «الأجناسِ»: «ذكرَ في «نوادرِ أبي يوسفَ» رواية ابن[1] سَمَاعَةَ: لوْ قالَ: لفلانٍ عَلَيَّ ألفُ درهمٍ حرامٌ، أوْ بَاطِلٌ؛ لزمَه في قولِ أبي حَنِيفَةَ رحمه الله».

قولُه: (وَلوْ قالَ: لهُ عَلَيَّ أَلْفٌ مِنْ ثَمَنِ مَتَاعٍ، أَوْ قَالَ: أَقْرَضَنِي أَلْفَ دِرْهَمٍ ثُمَّ قَالَ: هيَ زُيُوفٌ أَوْ نَبَهْرَجَةٌ، وقالَ المُقَرُّ لَهُ: جِيَادٌ؛ لَزِمَهُ الْجِيَادُ عند أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: إنْ قَالَ: مَوْصُولًا يُصَدَّقُ، وَإِنْ قَالَ: مَفْصُولًا لَا يُصَدَّقُ)، وهذه مِن مسائلِ «الجامعِ الصغيرِ»[2] المعادةِ.

قالَ الحاكمُ الجليلُ الشهيدُ [١٣/٣٨ظ/د] في «مختصرِ الكافي» في بابِ الإِقْرَارِ بالزُّيُوفِ: «وإذا أَقَرَّ الرَّجُلُ بألفِ درهمٍ دَيْنٍ مِنْ قرْضٍ، أوْ ثَمَنِ مَبيعٍ، وادَّعَىٰ أَنَّها زُيُوفٌ أوْ نَبَهْرَجَةٌ؛ لَمْ يُصَدَّقْ في قولِ أبي حَنِيفَةَ رحمه الله وَصَلَ أَمْ فَصَلَ، وقالَ أبو يوسفَ ومحمدٌ: إنْ وَصَلَ يُصَدَّقُ، وإنْ فَصَلَ لَا يُصَدَّقُ»[3].

(١) وقع بالأصل: «رواية أن». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».
(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤١٦ ـ ٤١٧].
(٣) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٢٩٩].

لَهُمَا أَنَّهُ بَيَانٌ مُغَيِّرٌ فَيَصِحُّ بِشَرْطِ الْوَصْلِ كَالشَّرْطِ وَالِاسْتِثْنَاءِ ، ؛ وَهَذَا لِأَنَّ اسْمَ الدَّرَاهِمِ يَحْتَمِلُ الزُّيُوفَ بِحَقِيقَتِهِ ، وَالسُّتُوقَةُ بِمَجَازِهِ إِلَّا أَنَّ مُطْلَقَهُ يَنْصَرِفُ

غاية البيان

وكذلكَ قالَ شمسُ الأئمةِ السَّرْخَسِيُّ [١٦٥/٦و/م] في «**شرحِ الكافي**»[1] ، وشيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّين الأَسْبِيْجَابيُّ في «**شرحِ الكافي**» أيضًا ، وعلىٰ هذا نصَّ محمدٌ في «**الأصلِ**»[2] .

وقالَ شيخُ الإسلامِ المعروفُ بخُوَاهَر زَادَه في «مبسوطِهِ»: «وإذا أَقَرَّ الرَّجُلُ فقالَ: لفلانٍ عَلَيَّ ألفُ درهمٍ مِن ثَمَنِ بَيْعٍ أَوْ قَرْضٍ ، إلَّا أنَّها زُيُوفٌ ، أَوْ نَبَهْرَجَةٌ ؛ فإنَّه لَا يُصَدَّقُ عندَ أبي حَنِيفَةَ وَصَلَ أمْ فَصَلَ ، ويَلْزَمُه ألفُ درهمٍ جِيادٍ نَقْدِ البلدِ .

وقالَ أبو يوسفَ ومحمدٌ: إنْ وَصَلَ صُدِّقَ ، ولزمَه ما أَقَرَّ به ، وإنْ فَصَلَ لَا يُصَدَّقُ ، ولزمَه ألفٌ جِيَادٌ نَقْدُ البلدِ. وكذلكَ ذكرَ الفقيهُ أبو الليثِ الخلافَ في «**شرحِ الجامعِ الصغيرِ**» .

وقالَ فخرُ الإسلامِ البَزْدَويُّ في «شرحِ الجامعِ الصغيرِ»[3]: «وحاصلُه: أَنَّهُ لَا يُصَدَّقُ فيما قالَ عندَ أبي حَنِيفَةَ ، وعليهِ الجِيَادُ في القَرْضِ والبَيْعِ وإنْ وَصَلَ.

وقالا: يُصَدَّقُ إذا وَصَلَ ، وفي الغَصْبِ والوَدِيعَةِ يُصَدَّقُ وإنْ فَصَلَ بالإجماعِ ، وفي دعوىٰ السَّتُّوقَةِ والرصاصِ لَا يُصَدَّقُ في ثَمَنش البَيْعِ والقَرْضِ إذا فَصَلَ ، ويُصَدَّقُ إذا وَصَلَ عندَهما أيضًا ، وفي الغَصْبش والوَدِيعَةِ يُصَدَّقُ في ذلكَ إذا وَصَلَ ، ولا يُصَدَّقُ إذا فَصَلَ بالإجماعِ» . ثُمَّ قالَ [٣٩/١٣و/د]: «وذلكَ في كتابِ الإِقْرَارِ مشروحٌ» .

وقالَ الإمامُ الأَسْبِيْجَابيُّ: «وكانَ أبو يوسفَ يَقُولُ أَوَّلًا في السَّتُّوقِ والرَّصاصِ

(١) ينظر: «المبسوط» للسرخسِيّ [١٢/١٨].
(٢) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٢١٣/٨/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية] .
(٣) ينظر: «شرح الجامع الصغير» للبزدوي [ق/٣٠٩].

إِلَىٰ الْجِيَادِ؛ فَكَانَ بَيَانًا مُغَيِّرًا مِنْ هَذَا الْوَجْهِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ: إِلَّا أَنَّهَا وَزْنُ خَمْسَةٍ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ هَذَا رُجُوعٌ؛ لِأَنَّ مُطْلَقَ الْعَقْدِ يَقْتَضِي السَّلَامَةَ عَنِ

والفُلُوسِ الكاسدةِ: بأنَّه لَا يُصَدَّقُ في ثَمَنِ البَيْعِ، وإنْ وَصَلَ ذلكَ بإقرارِه؛ لأنَّهُ يدَّعِي فَسَادَ البَيْعِ، ثُمَّ رجَعَ عنْ ذلكَ، وقالَ: يُصَدَّقُ في الكلِّ إذا وَصَلَ؛ لأنَّهُ ما أقَرَّ إلَّا بعَقْدٍ فَاسِدٍ، وما ذكرَ الطَّحَاوِيُّ مِنْ قولِ أبي يوسفَ هوَ قولُه الأولُ، وقولُه الآخرُ: مع محمدٍ». إلىٰ هنا لفْظُ الإمامِ الأَسْبِيْجَابيِّ.

وقالَ القُدُورِيُّ [٣٩٣/٢ظ] **في كتابِ «التقريبِ»**: «قالَ أبو حَنِيفَةَ: إذا أَقَرَّ بمالٍ مِنْ ثَمَنِ مَبِيعٍ أَوْ قَرْضٍ، ثُمَّ قالَ: هيَ زُيُوفٌ؛ لَمْ يُصَدَّقْ وَصَلَ أَوْ قَطَعَ، وقالا: يُصَدَّقْ إذا وَصَلَ بكلامِه».

فَعُلِمَ بما ذَكَرْنا: أنَّ ما قالَه الصدرُ الشهيدُ مِن عدمِ التصديقِ علىٰ قولِهما في هذا الفصلِ **فيهِ نَظَرٌ**؛ لأنَّهُ قالَ في كتابِه: «رَجُلٌ قالَ: لفلانٍ عَلَيَّ ألفُ درهم مِنْ ثَمَنِ المَتَاعِ، أوْ ألفُ درهمٍ قَرْضٍ، ثُمَّ قالَ: هيَ زُيُوفٌ، أوْ نَبَهْرَجَةٌ؛ لَمْ يُصَدَّقْ»، هذا فَصْلٌ واحدٌ.

والفصلُ الثاني قالَ: «وكذلكَ إنْ قالَ: أقرضْنِي ألفَ درهمٍ زُيُوفًا، أوْ قالَ: لهُ عَلَيَّ ألفُ درهمٍ زُيُوفٌ مِن ثَمَنِ المَتَاعِ.

وقالَ أبو يوسفَ ومحمدٌ: يُصَدَّقُ في [١٦٥/٦ظ/م] الفصلِ الثاني، ولا يُصَدَّقُ في الفصلِ الأولِ، والفصلِ الثالثِ».

قالَ: «وكذلكَ لوْ قالَ: عَلَيَّ ألفٌ مِن ثَمَنِ المَتَاعِ إلَّا أنَّها زُيُوفٌ، **أوْ قالَ**: لفلانٍ عَلَيَّ ألفُ درهمٍ قَرْضٌ إلَّا أنَّها زُيُوفٌ، ووَصَلَ؛ لَا يُصَدَّقُ عندَ أبي حَنِيفَةَ، وعندَهما: يُصَدَّقُ». وتبِعَه قاضي خان في «**شرْحِه**»(١).

---

(١) ينظر: «شرح الجامع الصغير» لقاضيخان [ق/٣٠٩].

الْعَيْبِ وَالزِّيَافَةُ عَيْبٌ، وَدَعْوَى الْعَيْبِ رُجُوعٌ عَنْ بَعْضِ [٨٥/ظ] مُوجِبِهِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ: بِعْتُكَ مَعِيبًا. وَقَالَ الْمُشْتَرِي: بِعْتَنِيهِ سَلِيمًا، فَالْقَوْلُ لِلْمُشْتَرِي لِمَا بَيَّنَّا، وَالسُّتُوقَةُ لَيْسَتْ مِنَ الْأَثْمَانِ، وَالْبَيْعُ يُرَدُّ عَلَى الثَّمَنِ فَكَانَ رُجُوعًا، وَقَوْلُهُ

غاية البيان

وَجْهُ قولِهما: أنَّ هذا بيانُ تغْييرٍ[1]، فيَصِحُّ بشَرْطِ الوصلِ كالتعليقِ والاستثناءِ.

وإنَّما قلْنا: أنَّهُ بيانٌ؛ لأنَّ الدرهمَ قدْ يَكُونُ جيدًا، وقدْ يَكُونُ زَيْفًا، فكانَ الزَّيْفُ نوعًا مِنَ الدراهِمِ، فكانَ ذِكْرُه بيانًا، إلَّا أنَّ مُطْلَقَ العَقْدِ لَمَّا كانَ يَقْتَضِي [١٣/٣٩ظ/د] السَّلَامَةَ والجَوْدَةَ عُرْفًا؛ كانَ دعوى الزِّيَافَةِ تغْييرًا للأصلِ، فسمَّيْناهُ بيانَ تغْييرٍ، فصحَّ بشَرْطِ الوصْلِ.

وكذلكَ السَّتُّوقَةُ تُسمَّى دراهمَ مجازًا، والنقلُ مِنَ الحقيقةِ إلى المجازِ بيانٌ فيهِ معنى التغييرِ، فيَصِحُّ متصلًا لَا منفصلًا، دَلَّ على هذا ما إذا قالَ: إلَّا أنَّها وَزْنُ خمسةٍ أوْ ستةٍ، ونقْدُ بلدِهم وَزْنُ سبعةٍ، صُدِّقَ إن كانَ موصلًا، ولَمْ يُصَدَّقْ إنْ كانَ مفصولًا.

وكذلكَ إذا قالَ: لفلانٍ عَلَيَّ كُرُّ حِنْطَةٍ مِن قَرْضٍ، أوْ مِن ثَمَنِ مَبيعٍ إلَّا أنَّهُ رَدِيءٌ؛ فإنه يُصَدَّقُ؛ لأنَّهُ بيانُ نوعٍ، إلَّا أنَّ في دعوى رداءةِ الحِنْطَةِ يُصَدَّقُ موصولًا ومفصولًا؛ لأنَّهُ بيانُ تفسيرٍ؛ لأنَّ الحِنْطَةَ في حقِّ الصِّفَةِ ثلاثةُ أنواعٍ: جيِّدٌ ووسطٌ ورَدِيءٌ، ولَمْ تتَعَيَّنْ صفةٌ منها عُرْفًا، ولا ذكرَه نصًّا، فبَقِيَ مُجْمَلًا في حقِّ الصِّفَةِ، وبيانُ المُجْمَلِ بيانُ تفسيرٍ، وبيانُ التفسيرِ يَصِحُّ موصولًا ومفصولًا.

بخلافِ دعوى الزِّيَافَةِ في بابِ الدراهمِ؛ فإنَّها بيانُ تغييرٍ؛ لأنَّ الجِيَادَ التي هيَ نقْدُ البلدِ تعيَّنَتْ عُرْفًا؛ لأنَّ المُطْلَقَ يَنْصَرِفُ إلى نَقْدِ البلدِ، فكانَ البيانُ بيانَ تغيرٍ، فصحَّ بشَرْطِ الوصلِ لَا غيرَ.

(١) وقع بالأصل: «تعبير». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

إِلَّا أَنَّهَا وَزْنُ خَمْسَةٍ يَصِحُّ اسْتِثْنَاءً، لِأَنَّهُ مِقْدَارٌ بِخِلَافِ الْجَوْدَةِ؛ لِأَنَّ اسْتِثْنَاءَ الْوَصْفِ لَا يَجُوزُ كَاسْتِثْنَاءِ الْبِنَاءِ فِي الدَّارِ بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ لَهُ علي كُرُّ حِنْطَةٍ مِنْ ثَمَنِ عَبْدٍ: إِلَّا أَنَّهَا رَدِيَّةٌ؛ لِأَنَّ الرَّدَاءَةَ نَوْعٌ لَا عَيْبٌ. فَمُطْلَقُ الْعَقْدِ لَا يَقْتَضِي

غاية البيان

وَوَجْهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ: أنَّ هذا رجوعٌ عمَّا أَقَرَّ به، ودعوىٰ أمْرٍ عارِضٍ، فلَا يُقْبَلُ وإنْ وَصَلَ، وذلكَ لأنَّ مُطْلَقَ العَقْدِ يَقْتَضِي السَّلَامَةَ عن العَيْبِ، والزِّيَافَةُ عَيْبٌ، ودعوىٰ عَيْبٍ آخرَ لَا تُقْبَلُ، فكذا [١٣/٤٠و/د] دعوىٰ الزِّيَافَةِ لَا تُقْبَلُ؛ لأنَّ السَّلَامَةَ مُسْتحقةٌ بِالعَقْدِ.

وإنَّما قلْنا: إن الزِّيَافَةَ عَيْبٌ، لأنَّ الزِّيَافَةَ لَا تَكُونُ إلَّا بغِشٍّ في الدرهمِ، وذلكَ عَيْبٌ فيه، ولهذا قالوا: لوْ وجَدَ البَائِعُ بعضَ الثَّمَنِ زُيُوفًا؛ كانَ لهُ ردُّ ذلكَ، ولأنَّ المُطْلَقَ يَنْصَرِفُ إلىٰ الكاملِ ذاتًا وصفةً، والزِّيَافَةُ نُقْصَانٌ في الدراهمِ، ودعوىٰ الزِّيَافَةِ فيها رجوعٌ عمَّا أَقَرَّ به، فلَا يَصِحُّ.

وكذلكَ دعوىٰ [٦/١٦٦و/م] السَّتُّوقَةِ رجوعٌ عنِ الإِقْرَارِ؛ لأنَّ مُوجِبَ البَيْعِ ما يَصْلُحُ ثمنًا، والسَّتُّوقَةُ ليَسَتْ مِنْ جنسِ الأَثْمَانِ، بخلافِ ما إذا قالَ: إلَّا أنَّها وَزْنُ خمسةٍ؛ لأنَّهُ استثناءٌ للمقدارِ؛ لأنَّ مُطْلَقَ اسمِ الدراهمِ انصرفَ إلىٰ وَزْنِ سبعةٍ عُرْفًا، فيُجْعَلُ كالمنصوصِ عليه، ولوْ نصَّ علىٰ القَدْرِ واستثنىٰ منه مثقالَيْنِ؛ صحَّ إنْ كانَ موصولًا، فكذا هذا.

وأمَّا الجَوْدةُ والرَّدَاءةُ: وصْفٌ في الدراهمِ لَا مقدارٌ، فلَا يَجُوزُ استثناءُ الوَصْفِ كاستثناءِ البناءِ مِن الدَّارِ، وبخلافِ ما لوْ قالَ: لفلانٍ عَلَيَّ **كُرُّ حِنْطَةٍ إلَّا أنَّها رَدِيئَةٌ**، لأنَّ دعوىٰ الرَّدَاءةِ دعوىٰ نوعٍ، لَا دعوىٰ بَرَاءَةٍ عنِ العينِ؛ **لأنَّ الحِنْطَةَ** [٢/٣٩٤و] في حقِّ الأَوْصَافِ ثلاثةُ أنواعٍ: جيدٌ ووسطٌ ورَدِيءٌ.

ولهذا قالوا: لوِ اشْتَرىٰ حِنْطَةً مشارًا إليها، فوجَدَها رَدِيئَةً؛ **لَا يَكُونُ لهُ الرَّدُّ**

السَّلَامَةَ عَنْهَا، **وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي غَيْرِ رِوَايَةِ الْأُصُولِ فِي الْقَرْضِ: أَنَّهُ يُصَدَّقُ فِي الزُّيُوفِ إِذَا وَصَلَ**، لِأَنَّ الْقَرْضَ يُوجِبُ مِثْلَ الْمَقْبُوضِ، وَقَدْ يَكُونُ زَيْفًا كَمَا فِي الْغَصْبِ.

غاية البيان

بِالعَيْبِ، فلهذا صحَّ موصولًا ومفصولًا، ودعوىٰ الزِّيَافَةِ [١٣/٤٠ظ/د] دعوىٰ بَرَاءَةٍ عنِ العَيْبِ، فلَمْ يَصِحَّ موصولًا كانَ أوْ مفصولًا إذا جَحَدَ الآخر.

قالَ شمسُ الأئمةِ السَّرْخَسِيُّ في «أصوله» ـ في فَصَلَ بيانِ التغييرِ والتبديلِ ـ: «الرَّدَاءةُ ليستْ بعَيْبٍ في الحِنْطَةِ، فالعَيْبُ: ما يَخْلُو عَنْه أصْلُ الفطرةِ، والرَّدَاءةُ في الحِنْطَةِ تَكُونُ بأَصْلِ الخِلْقةِ، فيَكُونُ هذا بيانَ النوعِ، لَا بيانَ العَيْبِ، فيَصِحُّ موصولًا كانَ أوْ مفصولًا»(١).

وقالَ القُدُورِيُّ في كتابِ «التقريبِ»: «إذا قالَ: لهُ عَلَيَّ عشرةُ أفْلُسٍ مِنْ ثَمَنِ مَبِيعٍ، ثُمَّ قالَ: هيَ كاسدةٌ؛ لَمْ يُصَدَّقْ عندَ أبي حَنِيفَةَ وإنْ وَصَلَ؛ لأنَّ كَسَادَ الفُلُوسِ عَيْبٌ فيها، فصارَ كالزُّيُوفِ، ورُوِيَ عنْ أبي يوسفَ مِثْلُه، وفرَّقَ بينَ الكاسدِ والزُّيُوفِ؛ لأنَّهُ إذا ادَّعَىٰ الكَسَادَ؛ فقد ادَّعَىٰ فَسَادَ المَعْقُودِ عليه، ثُمَّ رَجَعَ وقالَ: يُصَدَّقُ إذا وَصَلَ، وهوَ قولُ محمدٍ؛ لأنَّ استثناءَ الصِّفَةِ كاستثناءِ القَدْرِ».

قولُه: **(وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي غَيْرِ رِوَايَةِ الْأُصُولِ فِي الْقَرْضِ: أَنَّهُ يُصَدَّقُ فِي الزُّيُوفِ إِذَا وَصَلَ)**، يَعْنِي: إذا قال: لفلانٍ عَلَيَّ ألفُ درهمٍ قَرْضٌ هيَ زُيُوفٌ، يُصَدَّقُ إذا وَصَلَ قولَه: هيَ زُيُوفٌ، بقولِه: ألفُ درهمٍ قَرْضٌ.

أمَّا إذا قَطَعَ كلامَه ثُمَّ قالَ بعدَ زمانٍ: هيَ زُيُوفٌ؛ لَا يُصَدَّقُ باتفاقِ الرواياتِ، وذلكَ لأنَّ القَرْضَ يُقْضَىٰ بالمِثْلِ، فربَّما يَكُونُ المَقْبُوضُ زَيْفًا، فيُصَدَّقُ فيهِ إذا وَصَلَ كما في الغَصْبِ.

(١) ينظر: «أصول السرخسي» [٢/٤٧].

وَوَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ التَّعَامُلَ بِالْجِيَادِ فَانْصَرَفَ مُطْلَقُهُ إِلَيْهَا.

وَلَوْ قَالَ: لِفُلَانٍ عَلَيَّ أَلْفُ دِرْهَمٍ زُيُوفٌ، وَلَمْ يَذْكُرِ الْبَيْعَ وَالْقَرْضَ؛ قِيلَ: يُصَدَّقُ بِالْإِجْمَاعِ؛ لأَنَّ اسْمَ الدَّرَاهِمِ يَتَنَاوَلُهَا وَقِيلَ: لَا يُصَدَّقُ؛ لِأَنَّ مُطْلَقَ الْإِقْرَارِ يَنْصَرِفُ إِلَى الْعُقُودِ لِتَعَيُّنِهَا مَشْرُوعَةً، لَا إِلَى الِاسْتِهْلَاكِ الْمُحَرَّمِ.

غاية البيان

وأرادَ بالأصولِ: «الجامعَيْنِ»، و«الزياداتِ»، و«المبسوطِ»، وهي ظاهرُ الروايةِ، وغيرُها غيرُ **ظاهرِ الروايةِ** [٦/١٦٦ظ/م] كـ: **«الأمالي»، و«النوادرِ»، و«الرَّقِّيَّاتِ» و«الْهَارُونِيَّاتِ» و«الْكَيْسَانِيَّاتِ»**.

وَجْهُ الظاهرِ: أنَّ [١٣/٤١و/د] المُطْلَقَ يَنْصَرِفُ إلىٰ ما هوَ المتعارَفُ، كما في نَقْدِ البلدِ، والمتعارَفُ في التعاملِ في القَرْضِ بالجِيَادِ، فيَجِبُ عليْهِ ذلكَ، ثُمَّ دعوىٰ الزِّيَافَةِ لَا تُقْبَلُ؛ لأَنَّهُ رجوعٌ عمَّا أَقَرَّ بهِ.

قولُه: (وَلَوْ قَالَ: لفلانٍ عَلَيَّ أَلْفُ درهمٍ زُيُوفٌ، وَلَمْ يَذْكُرِ الْبَيْعَ وَالْقَرْضَ؛ قِيلَ: يُصَدَّقُ بِالْإِجْمَاعِ؛ لأَنَّ اسْمَ الدَّرَاهِمِ يَتَنَاوَلُهَا)، أي: يَتَنَاوَلُ الزُّيُوفَ.

قالَ في «الفتاوىٰ الصغرىٰ»: «ولو أرسَلَ ولَمْ يُبَيِّنِ الجهةَ، ثُمَّ قالَ: هيَ زُيُوفٌ. قالَ الفقيه أبو جعفرٍ: لَمْ يَذْكُرْ هذا في الأصولِ، فمِنَ المشايخِ مَن قالَ: هوَ علىٰ هذا الاختلافِ. ومنهمْ مَنْ قالَ هاهنا: يُصَدَّقُ إجماعًا؛ لأَنَّ الجَوْدةَ تَجِبُ علىٰ بعضِ الوجوهِ دونَ البعضِ، فلَا تَجِبُ معَ الاحتمالِ»[١]. إلىٰ هنا لَفْظُ **«الفتاوىٰ الصغرىٰ»**.

والذي قالَ علىٰ الاختلافِ: هوَ الكَرْخِيُّ. كذا ذكَر قاضي **خان في «شرحِ الجامعِ الصغيرِ»**[٢].

(١) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/٢٤٩].
(٢) ينظر: «شرح الجامع الصغير» لقاضيخان [ق/٣٠٩].

وَلَوْ قَالَ: اغْتَصَبْتُ مِنْهُ أَلْفًا، أَوْ قَالَ: أَوْدَعَنِي، ثُمَّ قَالَ: هِيَ زُيُوفٌ، أَوْ نَبَهْرَجَةٌ؛ صُدِّقَ، وَصَلَ أَمْ فَصَلَ؛ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ يَغْصِبُ مَا يَجِدُ وَيُودِعُ مَا يَمْلِكُ، فَلَا مُقْتَضَىٰ لَهُ فِي الْجِيَادِ وَلَا تَعَامُلَ، فَيَكُونُ بَيَانُ النَّوْعِ فَيَصِحُّ وَإِنْ فَصَلَ،

غاية البيان

فعنْ هذا عرفْتَ: أنَّ معنىٰ قولِه في المتنِ: (وَقِيلَ لَا يُصَدَّقُ)، أي: لَا يُصَدَّقُ علىٰ مذهبِ أبي حَنِيفَةَ وَصَلَ أَمْ فَصَلَ، وعندَهما: يُصَدَّق إذا وَصَلَ؛ لأنَّهُ بيانُ تغييرٍ، فيَصِحُّ بشَرْطِ الوصلِ.

وعندَ أبي حَنِيفَةَ: لَا يُصَدَّقُ؛ لأنَّهُ رجوعٌ عمَّا أقَرَّ بهِ، وذلكَ لأنَّ الإِقْرَارَ الصادرَ منه مطلقًا يَنْصَرِفُ إلىٰ العُقُودِ، كالقَرْضِ وثَمَنِ المَبِيعِ؛ لأنَّها هيَ المشروعةُ، والحُكْمُ في القَرْضِ والبَيْعِ هذا عندَه، ولا يَنْصَرِفُ إلىٰ الغَصْبِ حتَّىٰ يُجْعَلَ مُصَدَّقًا في دعوىٰ الغَصْبِ؛ لأنَّهُ حرامٌ، فلَا يَجُوزُ حَمْلُ أمْرِ المسلمِ علىٰ الحرامِ ما أمْكَنَ.

وَلَا يُقَالُ: يُمْكِن أنْ يَنْصَرِفَ إقرارُه إلىٰ الوَدِيعَةِ، فيُصَدَّقُ في دعوىٰ الزِّيَافَةِ، كما في الغَصْبِ.

[١٣/١٤١ظ/د] لِأَنَّا نَقُولُ: قولُه: «علَيَّ ألفُ درهمٍ» يَنْفِي الوَدِيعَةَ؛ لأنَّها ليسَتْ في الذِّمَّةِ.

قولُه: (وَلَوْ قَالَ: اغْتَصَبْتُ مِنْهُ أَلْفًا، أَوْ قَالَ: أَوْدَعَنِي، ثُمَّ قَالَ: هِيَ زُيُوفٌ، أَوْ نَبَهْرَجَةٌ؛ صُدِّقَ، وَصَلَ أَمْ فَصَلَ)، وهذه مِن مسائلِ «الجامعِ الصغيرِ».

ولفْظُ محمدٍ في أصلِ «الجامعِ الصغيرِ» [٢/٣٩٤ظ]: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ: في الرَّجُل يَقُولُ: غصَبْتُ فلانًا ألفَ درهمٍ، ثُمَّ قالَ بعدَ ذلكَ: هيَ زُيُوفٌ، أوْ نَبَهْرَجَةٌ، قالَ: يُصَدَّقُ، وكذلكَ إذا قالَ: أودَعَني فلانٌ ألفَ درهمٍ، ثُمَّ قالَ بعدَ ذلكَ: هيَ زُيُوفٌ، أوْ نَبَهْرَجَةٌ. قالَ: يُصَدَّقُ»(١)، وذلكَ لأنَّ الغَصْبَ والوَدِيعَةَ

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤١٦، ٤١٧].

وَلِهَذَا لَوْ جَاءَ رَادُّ الْمَغْصُوبِ، وَالْوَدِيعَةِ بِالْمَعِيبِ كَانَ الْقَوْلُ لَهُ، **وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ لَا يُصَدَّقُ فيهِ مَفْصُولًا؛ اعْتِبَارًا بِالْقَرْضِ** ....

غاية البيان

لَا يقتضيانِ صفةَ السَّلَامَةِ عنِ العَيْبِ عُرْفًا؛ لأنَّ كُلًّا منهما كما يَرِدُ في الجِيَادِ، يَرِدُ في الزُّيُوفِ [٦/١٦٧و/م]، فكانَ ذلكَ بيانُ النوعِ، فصَحَّ موصولًا ومفصولًا، فصارَ كما إذا ادَّعَىٰ بِالْغَصْبِ والوَدِيعَةِ، بأنْ غَصَبَ ثوبًا، أوْ كانَ عندَه وَدِيعَةٌ، فجاءَ بهِ وهوَ مَعِيبٌ خَلَقٌ[1]، فقالَ: كانَ ذلكَ يومَ الغَصْبِ، أوِ الوَدِيعَةِ كذلكَ؛ كانَ القولُ قولَه، فكذا هنا.

وقالَ الفقيهُ أبو الليثِ في «**شرحِ الجامعِ الصغيرِ**»: «وفي قولِ زُفَر والحسنِ بْنِ زيادٍ: إنْ قالَ: موصولًا؛ لَا يُقْبَلُ قولُه، وإنْ قالَ: مفصولًا؛ لَا يُقْبَلُ قولُه».

قولُه: (وَعَنْ أبي يوسفَ: أَنَّهُ لَا يُصَدَّقُ فيهِ مَفْصُولًا؛ اعْتِبَارًا بِالْقَرْضِ)، أي: لَا يُصَدَّقُ في الغَصْبِ إذا ادَّعَىٰ الزِّيَافَةَ مفصولًا، لَا في الوَدِيعَةِ، فإنَّ في الوَدِيعَةِ يُصَدَّقُ.

أَلَا ترىٰ إلىٰ ما نقلَ في «**الفتاوىٰ الصغرىٰ**»[2] عن «**المنتقىٰ**»: «إذا قالَ غصَبتُكَ ألفَ درهمٍ وسَكَتَ، ثُمَّ قالَ: هوَ زُيُوفٌ؛ لَمْ يُصَدَّقْ في قولِ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ، ويُصَدَّقُ في الوَدِيعَةِ».

[٢/١٣/٤٢و/د] **وقالَ القُدُورِيُّ في كتابِ «التقريبِ»**: «ذكرَ في «**الأصلِ**»[3]: **أَنَّهُ** يُصَدَّقُ في الغَصْبِ وإنْ قَطَعَ.

وروىٰ بِشْرٌ عنْ أبي يوسفَ عن أبي حَنِيفَةَ: أنَّهُ لَا يُصَدَّقُ، وهوَ قولُ أبي يوسفَ». إلىٰ هنا لَفْظُ كتابِ «**التقريب**».

---

(١) **الثَّوْبُ الخَلَقُ**: هو المَعِيب المُبْتذل. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٢) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/٢٤٩].

(٣) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٨/٢١٤/ طبعة: وزارة **الأوقاف القطرية**].

إذِ الْقَبْضُ فِيهِمَا هُوَ الْمُوجِبُ لِلضَّمَانِ.

ولو قَالَ: هِيَ سُتُوقَةٌ أَوْ رَصَاصٌ بَعْدَ مَا أَقَرَّ بِالْغَصْبِ وَالْوَدِيعَةِ وَوَصَلَ صَدَقَ، وَإِنْ فَصَلَ لَمْ يُصَدَّقْ؛ لِأَنَّ سُتُوقَةً لَيْسَتْ مِنْ جِنْسِ الدَّرَاهِمِ، لَكِنَّ الِاسْمَ يَتَنَاوَلُهَا مَجَازًا؛ فَكَانَ بَيَانًا مُغَيِّرًا فَلَا بُدَّ مِنَ الْوَصْلِ.

وَلَوْ قَالَ: هِيَ سَتُّوقَةٌ، أَوْ رَصَاصٌ، بَعْدَمَا أَقَرَّ بِالْغَصْبِ وَالْوَدِيعَةِ، وَوَصَلَ؛ صُدِّقَ، وَإِنْ فَصَلَ لَمْ يُصَدَّقْ؛ لِأَنَّ هَذَا اسْتِثْنَاءُ الْمِقْدَارِ، وَالِاسْتِثْنَاءُ يَصِحُّ مَوْصُولًا بِخِلَافِ الزِّيَادَةِ؛ لِأَنَّهُ وَصْفٌ[1] وَاللَّفْظُ يَتَنَاوَلُ الْمِقْدَارَ دُونَ

غاية البيان

قولُه: (**إِذِ الْقَبْضُ فِيهِمَا**)، أي: في الغَصْبِ والقَرْضِ.

قولُه: (**وَلَوْ قالَ: هيَ سَتُّوقَةٌ، أَوْ رَصَاصٌ، بَعْدَمَا أَقَرَّ بِالْغَصْبِ وَالْوَدِيعَةِ، وَوَصَلَ؛ صُدِّقَ، وَإِنْ فَصَلَ لَمْ يُصَدَّقْ**)، ذكرُوا هذه المسألةَ في «**شروحِ الجامع الصغيرِ**» تفريعًا.

قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّين الأَسْبِيْجَابيُّ في «**شرحِ الكافي**» للحاكمِ الشهيدِ: «وإنْ قالَ: هيَ سَتُّوقَةٌ، أوْ رصاصٌ؛ صُدِّقَ إنْ وَصَلَ، ولَمْ يُصَدَّقْ إذا فَصَلَ، يَعْنِي: في الغَصْبِ والوَدِيعَةِ، وذلكَ؛ لأَنَّها ليستْ مِنْ جنسِ الدراهمِ حقيقةً، وإنْ كانَتْ مِن جنسِها، صورةً[2]، فصارَ إرادتُها باسم الدراهم كإرادةِ المجازِ باسمِ الحقيقةِ، وإذا بينَ أَنَّهُ أرادَ باللفظِ المجازَ موصولًا قُبِلَ، وإلَّا فلَا».

قولُه: (**وَإِنْ قالَ فِي هَذَا كُلِّهِ: أَلْفًا، ثُمَّ قالَ: إلَّا أَنَّهُ يَنْقُصُ كَذَا؛ لَمْ يُصَدَّقْ، وَإِنْ وَصَلَ صُدِّقَ**)، يَعْنِي: إذا أَقَرَّ وقالَ: لفلانٍ عَلَيَّ ألفُ درهمٍ، أوْ قالَ: أَوْدَعَنِي

---

(١) زاد بعده في (ط): «واستثناء الأوصاف لَا يصح».

(٢) وقع بالأصل: «حقيقة، فإن كانت من جنس الدراهم حقيقة، فإن كانت». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

الْوَصْفِ، وَهُوَ تَصَرُّفٌ لَفْظِيٌّ كَمَا بَيَّنَّا، **وَلَوْ كَانَ الْفَصْلُ ضَرُورَةَ انْقِطَاعِ الْكَلَامِ**[1] **فَهُوَ وَاصِلٌ** لِعَدَمِ إِمْكَانِيَّةِ الِاحْتِرَازِ عَنْهُ.

وَمَنْ أَقَرَّ بِغَصْبِ ثَوْبٍ [٨٦/و]، **ثُمَّ جَاءَ بِثَوْبٍ مَعِيبٍ؛ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ**؛ لِأَنَّ الْغَصْبَ لَا يَخْتَصُّ بِالسَّلِيمِ.

غاية البيان

ألفَ درهمٍ، أوْ قالَ: غصبْتُه ألفَ درهمٍ، أوْ أقرَضَنِي ألفَ درهمٍ، أوْ قضاني ألفَ درهمٍ، ثُمَّ قالَ بعدَ ذلكَ كلِّه: إلَّا أنَّهُ يَنْقُصُ كذا؛ صُدِّقَ إنْ وَصَلَ، وإلَّا فلَا؛ لأنَّهُ استثناءٌ لبعْضِ ما أقَرَّ بهِ مِنَ المقدارِ، والاستثناءُ لَا يَصِحُّ إلَّا موصولًا [٦/١٦٧ظ/م]، فيَصِيرُ الكلامُ عبارةً عمَّا وراء المستثنىٰ، وهيَ مِنْ مسائلِ «**الجامعِ الصغيرِ**».

[١٣/٤٢ظ/د] **قولُه: (وَلَوْ كانَ الْفَصْلُ ضَرُورَةَ انْقِطَاعِ الْكَلَامِ؛ فَهُوَ وَاصِلٌ)**، يَعْنِي: يَصِحُّ الاستثناءُ إذا كانَ الفصلُ لانقطاعِ النفَسِ باعتبارِ الضَّرُورَةِ.

قالَ فخرُ الدِّينِ قاضي خان في «**شرحِ الجامعِ الصغيرِ**»: «ولوْ فَصَلَ بينهما بفَصْلٍ بطريقِ الضَّرُورَةِ؛ بأنِ انقَطَعَ عَنْه الكلامُ، ثُمَّ وَصَلَ؛ فعَنْ أبي يوسفَ: أنَّهُ يَصِحُّ استثناؤُه، **وعليْهِ الفتوىٰ**؛ لأنَّ الإنسانَ يَحْتَاجُ إلىٰ أنْ يَتَكَلَّمُ بكلامٍ كثيرٍ معَ الاستثناءِ، ولا يَقْدِرُ أنْ يَتَكَلَّمَ بكلامٍ كثيرٍ بنَفَسٍ واحدٍ، فجُعِلَ ذلكَ عفوًا»[2].

قولُه: (وَمَنْ أَقَرَّ بِغَصْبِ ثَوْبٍ، ثُمَّ جَاءَ بِثَوْبٍ مَعِيبٍ؛ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ)، وهذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «**مختصرِهِ**»[3]، وذلكَ لأنَّ الغَصْبَ عبارةٌ عنْ إيقاعِ فِعْلٍ بسبيلِ التعدِّي في العينِ، وذلكَ لَا يَقْتَضِي السَّلَامَةَ لَا محالةَ؛ لأنَّ الإنسانَ يَغْصِبُ ما [يَجِدُ][4] مِنَ [٢/٣٩٥و] الصحيحِ، والمَعِيبِ، والجيدِ، والزَّيْفِ، فكانَ القولُ قولَه

(١) زاد بعده في (ط): «بانقطاع نفسه».
(٢) ينظر: «شرح الجامع الصغير» لقاضيخان [ق/٣٠٩].
(٣) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/٩٩].
(٤) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

وَمَنْ قالَ لِآخَرَ: أَخَذْتُ مِنْكَ أَلفَ درهمٍ وَدِيعَةً فَهَلَكَتْ، فَقالَ: لَا، بَلْ أَخَذْتَهَا غَصْبًا؛ فَهُوَ ضَامِنٌ، وَإِنْ قالَ: أَعْطَيْتَنِيهَا وَدِيعَةً، فَقالَ: غَصَبْتَنِيهَا؛ لَمْ يَضْمَنْ.

غاية البيان

فيما غَصَبَ، سواءٌ وَصَلَ أَوْ فَصَلَ.

قولُه: (**وَمَنْ قالَ لِآخَرَ: أَخَذْتُ مِنْكَ أَلفَ درهمٍ وَدِيعَةً فَهَلَكَتْ، فَقالَ: لَا، بَلْ أَخَذْتَهَا غَصْبًا؛ فَهُوَ**[1] **ضَامِنٌ، وَإِنْ قالَ: أَعْطَيْتَنِيهَا وَدِيعَةً، فَقالَ: غَصَبْتَنِيهَا**[2]**؛ لَمْ يَضْمَنْ**)، وهذه مِن مسائلِ «**الجامعِ الصغيرِ**»[3].

أمَّا المسألةُ الأُولى: فكانَ القولُ قولَ المُقَرِّ لهُ معَ اليَمِينِ، والمُقِرُّ ضامنٌ إلَّا أنْ يَنْكُلَ المُقَرُّ لهُ عنَ اليَمِينِ؛ لأنَّ المُقِرَّ أقَرَّ بسببِ الضَّمَانِ، وهوَ الآخِذُ؛ لقولِه ﷺ: «**عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تَرُدَّ**»[4]. ثُمَّ بقوله: «وَدِيعَة» يدَّعِي براءتَه عنِ الضَّمَانِ، فلَا يُصَدَّقُ.

وفي المسألةِ الثانيةِ: كانَ القولُ قولَ المُقِرِّ معَ [١٣/٤٣و/د] اليَمِينِ؛ لأنَّهُ ما أقَرَّ بالفعلِ مِنْ نفسِه، حيثُ أضافَ الفعلَ إلى المُقَرِّ لَهُ، فلَمْ يَكُنْ مُقرًّا بسببِ الضَّمَانِ إلَّا أنْ يَنْكُلَ عنِ اليَمِينِ، فحينئذٍ يَضْمَنُ. كذا قالَ الإمامُ الزاهدُ العَتَّابِيُّ في «**شرحِ الجامعِ الصغيرِ**».

أمَّا إذا لَمْ يَذْكُرِ المُقِرُّ لفْظَ الأخْذِ، وقالَ: أودعتَنِي ألفَ درهمٍ، أوْ قالَ: دفعْتَ إلَيَّ ألفَ درهمٍ فضاعَتْ، وقالَ الطالبُ: غصبْتَنِي وأنتَ ضامنٌ؛ فالقولُ قولُ المُقِرِّ مع يمينِه، ولا ضَمَان عليه؛ لأنَّهُ لَمْ يُقِرَّ بسببِ الضَّمَانِ. ذكرَه خُوَاهَر زَادَه في

---

(١) وقع بالأصل: «وهو». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

(٢) وقع بالأصل: «غصبتها». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

(٣) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤١٦].

(٤) مضى تخريجه.

وَالْفَرْقُ أَنَّ فِي الْفَصْلِ الْأَوَّلِ أَقَرَّ بِسَبَبِ الضَّمَانِ وَهُوَ الْأَخْذُ، ثُمَّ ادَّعَىٰ مَا يُبَرِّئُهُ وَهُوَ الْإِذْنُ، وَالْآخَرُ يُنْكِرُهُ، فَيَكُونُ الْقَوْلُ لَهُ مَعَ الْيَمِينِ.

وَفِي الثَّانِي أَضَافَ الْفِعْلَ إِلَىٰ غَيْرِهِ، وَذَاكَ يَدَّعِي عَلَيْهِ سَبَبَ الضَّمَانِ وَهُوَ الْغَصْبُ، فَكَانَ الْقَوْلُ لِمُنْكِرِهِ مَعَ الْيَمِينِ، **وَالْقَبْضُ فِي هَذَا كَالْأَخْذِ وَالدَّفْعُ كَالْإِعْطَاءِ.**

فَإِنْ قَالَ قَائِلٌ: إِعْطَاؤُهُ وَالدَّفْعُ إِلَيْهِ لَا يَكُونُ إِلَّا بِقَبْضِهِ.

فَنَقُولُ: قَدْ يَكُونُ بِالتَّخْلِيَةِ وَالْوَضْعِ بَيْنَ يَدَيْهِ، وَلَوِ اقْتَضَىٰ ذَلِكَ فَالْمُقْتَضَىٰ ثَابِتٌ ضَرُورَةً، فَلَا يَظْهَرُ فِي انْعِقَادِهِ سَبَبُ الضَّمَانِ، **وَهَذَا بخلافِ مَا إِذَا قالَ: أَخَذْتُهَا مِنْكَ وَدِيعَةً، وقالَ الْآخَرُ: لَا بَلْ** ....

«مبسوطِهِ» في بابِ الإِقْرَارِ بالوديعةِ.

قولُه: (وَالْقَبْضُ فِي هَذَا كَالْأَخْذِ)، يَعْنِي: لوْ قالَ المُقِرُّ: قبضْتُ [٦/١٦٨و/م] منكَ ألفَ درهمٍ وَدِيعَةً، فقالَ المُقَرُّ لَهُ: غصبْتَها؛ كانَ ضامنًا، كما إذا قالَ: **أخذتُها** وَدِيعَةً.

قولُه: (وَالدَّفْعُ كَالْإِعْطَاءِ)، يَعْنِي: لَا يَضْمَنُ المُقِرُّ إذا قالَ: **دفعْتَ إِلَيَّ ألفَ** درهمٍ وَدِيعَةً، فقالَ المُقَرّ لَهُ: غصبتَها، كما لوْ قالَ: أعطيتَني.

وَلَا يُقالَ: الإعطاءُ والدفعُ يَقْتَضِي القَبْضَ، فإذا أَقَرَّ بِالقَبْض **يَضْمَنُ، فيَنْبَغِي** أنْ يَضْمَنَ بالإقرارِ بهما؛ لأنَّ القَبْضَ ثابتٌ اقتضاءً ضَرُورَةً، **والثابتُ بالضرورةِ** يَثْبُتُ بأدنىٰ ما تَنْدَفِعُ بهِ الضَّرُورَةُ، فلَا يَكُونُ سببًا للضَّمَانِ؛ **لأَنَّهُ لَا حاجةَ إليه**، وقدْ يُوجَدُ الإعطاءُ والدفعُ بالتخْليةِ والوضْعِ بينَ يَدَيِ **المُقِرِّ بدونِ قَبْضِه، فلَا يَكُونُ** مُقِرًّا بِالقَبْضِ، فلَا يَرِدُ السؤالُ.

قولُه: (وَهَذَا بخلافِ مَا إِذَا قالَ: أَخَذْتُهَا مِنْك وَدِيعَةً، وقالَ الْآخَرُ: لَا بلْ

قَرْضًا حَيْثُ يَكُونُ الْقَوْلُ لِلْمُقِرِّ، وَإِنْ أَقَرَّ بِالْأَخْذِ لِأَنَّهُمَا تَوَافَقَا هُنَالِكَ عَلَىٰ أَنْ الْأَخْذَ كَانَ بِالْإِذْنِ، إِلَّا أَنَّ الْمُقَرَّ لَهُ يَدَّعِي سَبَبَ الضَّمَانِ وَهُوَ الْقَرْضُ، وَالْآخَرُ يُنْكِرُ فَافْتَرَقَا.

فَإِنْ قالَ: هَذِهِ الْأَلْفُ كَانَتْ وَدِيعَةً لِي عِنْدَ فُلَانٍ فَأَخَذْتُهَا، فقالَ فُلَانٌ: هِيَ لِي؛ فَإِنَّهُ يَأْخُذهَا؛ لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِالْيَدِ لَهُ وَادَّعَىٰ اسْتِحْقَاقَهَا عَلَيْهِ وَهُوَ يُنْكِرُ، وَالْقَوْلُ لِلْمُنْكِرِ.

وَإِنْ قالَ: أَعَرْتُ دَابَّتِي هَذِهِ فُلَانًا فَرَكِبَهَا وَرَدَّهَا، أَوْ قالَ: أَعَرْتُ ثَوْبِيَ هَذَا فُلَانًا فَلَبِسَهُ وَرَدَّهُ؛ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ.

غاية البيان

قَرْضًا)، يَعْنِي: هذا الذي قلْنا مِنْ ضَمَانِ المُقِرِّ بالأخْذِ وَدِيعَةً ـ إذا قالَ المُقَرُّ لَهُ: أخذتَها غصبًا ـ خلافُ ما إذا قالَ: أخذتُها وديعةً. وقالَ الطالبُ: أخذتَها قرْضًا، حيثُ لَا يَضْمَنُ المُقِرُّ [١٣/٤٣ظ/د]؛ لأنَّهما اتفقا على الأخْذِ بالإذنِ؛ لأنَّ الأخْذَ بالقَرْضِ لَا يَكُونُ إلَّا بالإذنِ، وكذلكَ الوَدِيعَة، ولكنَّ المُقَرَّ لهُ ادَّعَىٰ سببَ الضَّمَانِ بدعوىٰ القَرْضِ، والمُقِرُّ مُنْكِرٌ، فكانَ القولُ للمُنْكِرِ.

قولُه: (فَإِذَا قالَ: هَذِهِ الْأَلْفُ كانَتْ وَدِيعَةً لِي عِنْدَ فُلَانٍ فَأَخَذْتُهَا، فقالَ فُلَانٌ: هيَ لِي؛ فَإِنَّهُ يَأْخُذهَا)، وهذه مِنْ مسائلِ «**الجامعِ الصغيرِ**»[1]، وذلكَ لأنَّه أقرَّ بسببِ الضَّمَانِ، وهوَ الأخذُ، فيَرَدّها على المأخوذِ منه، فلَا يُصَدَّقُ في دعوىٰ الإيداعِ إلَّا بحُجَّةٍ.

قولُه: (وَإِنْ قالَ: أَعَرْتُ دَابَّتِي هَذِهِ فُلَانًا فَرَكِبَهَا وَرَدَّهَا، أَوْ قالَ: أَعَرْتُ ثَوْبِيَ هَذَا فُلَانًا فَلَبِسَهُ وَرَدَّهُ؛ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ.

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤١٦].

وقالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: الْقَوْلُ قَوْلُ الَّذِي أُخِذَ مِنْهُ الدَّابَّةُ وَالثَّوْبُ وَهُوَ الْقِيَاسُ، وَعَلَىٰ هَذَا الْخِلَافُ: الْإِجَارَةُ وَالْإِسْكَانِ.

غاية البيان

وقالَ أبو يوسفَ وَمُحَمَّدٌ: الْقَوْلُ قَوْلُ الَّذِي أُخِذَ مِنْهُ الدَّابَّةُ وَالثَّوْبُ)، وهذه مِنْ مسائلِ «**الجامعِ الصغيرِ**»[(١)]، وقولُ أبي حَنِيفَةَ استحسانٌ، وقولُهما قياسٌ. كذا قالُوا في «**شروحِ الجامعِ الصغيرِ**».

قالَ فخرُ الإسلامِ: «وكذلكَ الاختلافُ في الإِجَارَةِ، ذكرَ ذلكَ في كتابِ الإِقْرَارِ»[(٢)]. يَعْنِي: إذا قالَ: آجَرْتُ دابَّتِي هذهِ فلانًا فركبَها ثُمَّ ردَّها عَلَيَّ، أوْ قالَ: آجَرْتُ ثوبي هذا فلانًا فلَبِسَه ثُمَّ رَدَّه عَلَيَّ، فقالَ فلانٌ: كذبْتَ، بلِ الدَّابَّةُ والثَّوْبُ لي؛ فالقولُ للمُقِرِّ عندَ [٦/١٦٨ظ/م] أبي حَنِيفَةَ، وللمُقَرِّ لهُ عندَهما.

وعلىٰ هذا الخلافِ: الإسكانُ [٢/٣٩٥ظ]؛ بأنْ قالَ: أسكنْتُ فلانًا بيتي هذا، ثُمَّ أخرجتُه، فادَّعَىٰ الساكنُ أنَّهُ له؛ فالقولُ قولُ صاحبِ البيتِ في قولِ أبي حَنِيفَةَ ﵀.

وقالَ أبو يوسفَ ومحمدٌ: القولُ قولُ الساكنِ بعدما يحْلِفُ أنَّهُ ما أسْكَنَه، وهوَ القياسُ[(٣)]. كذا في «**شرحِ الأقطعِ**».

ثُمَّ قالَ فيه: «وعلىٰ هذا الخلافِ أيضًا إذا قالَ: إنَّ فلانًا الخيَّاطَ خاطَ لهُ [١٣/٤٤و/د] قميصَه بنِصْفِ درهمٍ وقبَضَ منه القَمِيصَ، وقالَ الخيّاطُ: بلْ هوَ قميصي أعَرْتُكَه، وكذلكَ الثَّوْبُ يُسَلَّمُ إلىٰ الصَّبَّاغ علىٰ هذا الخلاف، وإنْ قالَ ربُّ الثَّوْب: خاطَ لي قميصي هذا بنِصْفِ درهمٍ، ولَمْ يَقُلْ: قبضتُه منه؛ لَمْ يُرَدَّ الثَّوْبَ علىٰ الخيَّاطِ في قولِهم؛ لأنَّهُ لَمْ يعْتَرِفْ للخيَّاطِ باليدِ؛ لجوازِ أنْ يَكُونَ خاطَه في منزلِه»[(٣)].

---

(١) ينظر: المصدر السابق.

(٢) ينظر: «شرح الجامع الصغير» للبزدوي [ق/٣٠٩].

(٣) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٢٩٥].

. . . .

وَجْهُ قولِهما: أنَّ المُقِرَّ أقَرَّ باليدِ لهُ، ثُمَّ ادَّعَىٰ الاِسْتِحْقَاقَ، فلَا يُقْبَلُ قولُه إلَّا بحُجةٍ، فوَجَبَ الرَّدُّ علىٰ المُقَرِّ لهُ كما في الوَدِيعَةِ.

واستحْسَنَ أبو حَنِيفَةَ الفرقَ بينَ مسألةِ الوَدِيعَةِ، حيثُ جعلَ فيها القولَ قولَ المُقَرِّ لَهُ، وبينَ مسألةِ الإعارةِ والإِجَارَةِ، حيثُ جعلَ القولَ قولَ المُقِرِّ، وذكرَ **القُمِّيُّ**(١) الفرقَ بينهما فقالَ: إنَّهُ في مسألةِ الوَدِيعَةِ قالَ: وأخذتُها منه؛ فوَجَبَ جزاؤُه وجزاءُ الأخِذ: الرَّدُّ، وفي مسألةِ العَارِيَّةِ قالَ: فردَّها عَلَيَّ، فافترقا؛ لافتراقِها في الوضعِ.

قالُوا في «شروحِ الجامعِ الصغيرِ»: هذا الفرقُ ليسَ بشيءٍ؛ لأنَّهُ ذكرَ الأَخْذَ في كتابِ الإِقْرَارِ، وكذلكَ ذكرَ عن أبي يوسفَ ومحمدٍ هاهنا فقالَ: يَأْخُذُها الذي أَقَرَّ أنَّهُ أخَذَها منه؛ ولأنَّه أقَرَّ لهُ باليدِ مع ذلكَ، وإنَّما الفرقُ منْ وجْهَيْنِ:

أحدُهما: أنَّ الشَّرْعَ استحْسَنَ في إطلاقِ العَوَارِي والإجاراتِ؛ رِفْقًا بالناسِ، وقَضَاءً لحوائجِهم، مع أنَّ المنافعَ معدومةٌ، وكلُّ قياسٍ يَرْجِعُ إلىٰ نَقْضِ هذا الاستحسانِ فهوَ بَاطِلٌ، مِثْلُ: قياسِ مَنْ علَّلَ بعدمِ المنافعِ؛ لإبطالِ هذه العُقُودِ.

[١٣/٤٤٤ظ/د] وإذا كانَ إطلاقُ العَوَارِي والإجاراتِ لمَرافِقِ الناسِ، فلَمْ يُقْبَلْ قولُ المُقِرِّ بعدَ ذلكَ؛ لامتنعَ الناسُ من العَارِيَّةِ والإِجَارَةِ، وذهَبَ مَرافقُ الناسِ؛ لأنَّ [٦/١٦٩و/م] الإنسانَ إذا عرفَ أنَّهُ إذا أعارَ شيئًا أوْ آجَره، ثُمَّ رُدَّ عليه؛ يَصِيرُ

---

(١) **القُمِّيُّ** ـ بضم القاف ـ هو عَلِيّ بن مُوسَىٰ تلميذ محمد بن شُجَاع الثَّلْجِيّ، وهو تلميذ الحسن بن زياد، وهو تلميذ أبي حَنِيفَةَ ﵁. وقُمّ: بلدة معروفة بالعراق.
قال في باب الحكايات مِن كتاب «النوازل»: «وسُئِل أبو خَازِم عن فقهاء زمانه فقال: الأئمة ثلاثة: أبو جعفر الطَّحَاوِيّ بمصر، وعَلِيّ القُمِّيّ بالرَّيّ، وأبو نصْر السَّلامِيّ ببلْخ. فقيل له: أيُّهم أفقه؟ فقال: أمَّا أبو جعفر: فهو أكثرهم حديثًا، وأمَّا عَلِيّ: فهو أحَجُّهم، وأمَّا ابن السَّلامِيّ: فهو أفقههم».
كتبه: أمير كاتب. كذا جاء في حاشية: «تح»، و«م»، و«د».

وَلَوْ قَالَ: خَاطَ فُلَانٌ ثَوْبِي هَذَا بِنِصْفِ دِرْهَمٍ، ثُمَّ قَبَضْتُهُ، وَقَالَ فُلَانٌ: الثَّوْبُ ثَوْبِي فَهُوَ عَلَىٰ هَذَا الِاخْتِلَافِ فِي الصَّحِيحِ، وَجْهُ الْقِيَاسِ مَا بَيَّنَّاهُ فِي الْوَدِيعَةِ.

وَجْهُ الاسْتِحْسَانِ وَهُوَ الْفَرْقُ؛ أَنَّ الْيَدَ فِي الْإِجَارَةِ وَالْإِعَارَةِ ضَرُورِيَّةٌ، تَثْبُتُ ضَرُورَةَ اسْتِيفَاءِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ وَهُوَ الْمَنَافِعُ، فَتَكُونُ عَدَمًا فِيمَا وَرَاءَ الضَّرُورَةِ

غاية البيان

القولُ قولَ المُسْتَعِيرِ والمُسْتَأْجِر، امتنَعَ عنِ الإعارةِ والإِجَارَةِ خوفًا مِنْ ذهابِ مالِه، فإذا كانَ كذلكَ؛ جُعِلَ القولُ قولَ المُقِرِّ حتىٰ لَا تَخْتَلَّ حوائِجُ الناسِ، فهذا وَجْه مَرْجِعِه إلىٰ الإجماعِ.

والوجهُ الثاني ـ وهو الوجْهُ الفقهِيُّ ـ: أنَّ اليدَ في العَارِيَّةِ والإِجَارَةِ ليسَتْ بمقصودةٍ، بلْ هيَ ضروريةٌ تَثْبُتُ ضَرُورَةَ الانتفاعِ بالعينِ، فلَا تظْهَرُ فيما وراء الانتفاعِ، فلَا يظْهَرُ إِذَنْ إقرارُه باليدِ لغيرِه، ثُمَّ دعواهُ لنفسِه، فلَا يَكُونُ مُقرًّا بِالمِلْكِ لغيرِه، ثُمَّ مُدَّعِيًا لنفسِه.

بخلافِ الوَدِيعَةِ؛ لأنَّ اليدَ في الإيداعِ مقصودةٌ؛ لأنَّ المَقْصُودَ هوَ الحِفْظُ، ولا يَكُونُ الحِفْظُ بدونِ اليدِ، فإذا كانَ اليدُ مقصودةً في الوَدِيعَةِ؛ كانَ إقرارًا بأنَّ العينَ كانَتْ في يدِه، والإِقْرَارُ باليدِ إِقْرَارٌ بِالمِلْكِ، وبهذا الوجهِ علَّلَ الشيخُ أبو منصورٍ المَاتُرِيدِيُّ في «**شرحِ الجامعِ الصغيرِ**»، حيثُ قالَ: «**اليدُ في الإيداعِ** مقصودةٌ دونَ الإعارةِ».

قولُه: (فِي الصَّحِيحِ)، احترازٌ عنْ قولِ بعضِ المشايخِ: **إنَّهُ علىٰ الاتفاقِ** يَكُونُ فيهِ القولُ للمُقِرِّ، ولكنْ ذلكَ ليسَ بصحيحٍ؛ لأَنَّهُ ليسَ بثابتٍ **في الأصولِ**.

قولُه: (مَا بَيَّنَّاهُ)، إشَارَةٌ إلىٰ قولِه: **(لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِالْيَدِ لَهُ)**.

قولُه: (فَتَكُونُ عَدَمًا فِيمَا وَرَاءَ الضَّرُورَةِ)، أي: **تَكُونُ اليدُ عدَمًا فيما وراء** الانتفاعِ، وموضعُ الضَّرُورَةِ هوَ الانتفاعُ بالعينِ لِلمُسْتَعِيرِ والمُسْتَأْجِرِ، **وما وراءَه هوَ**

[٨٦/ظ] فَلَا يَكُونُ إِقْرَارًا لَهُ بِالْيَدِ مُطْلَقًا، بِخِلَافِ الْوَدِيعَةِ، فَإِنَّ الْيَدَ فِيهَا مَقْصُودَةٌ، وَأَنَّ الْإِيدَاعَ إِثْبَاتُ الْيَدِ قَصْدًا، فَيَكُونُ الْإِقْرَارُ بِهِ اعْتِرَافًا بِالْيَدِ لِلْمُودِعِ.

وَوَجْهٌ آخَرُ: أَنَّ فِي الْإِجَارَةِ وَالْإِعَارَةِ وَالْإِسْكَانِ أَقَرَّ بِيَدٍ ثَابِتَةٍ مِنْ جِهَتِهِ، فيكونُ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فِي كَيْفِيَّتِهِ. وَلَا كَذَلِكَ فِي مَسْأَلَةِ الْوَدِيعَةِ؛ لِأَنَّهُ قَالَ فِيهَا كَانَتْ وَدِيعَةً، وَقَدْ تَكُونُ مِنْ غَيْرِ صُنْعِهِ، حَتَّىٰ لَوْ قَالَ: أَوْدَعْتُهَا كَانَ عَلَىٰ هَذَا الْخِلَافُ، **وَلَيْسَ مَدَارُ الْفَرْقِ عَلَىٰ ذِكْرِ الْأَخْذِ فِي طَرَفِ الْوَدِيعَةِ وَعَدَمِهِ فِي الطَّرَفِ الْآخَرِ، وهوَ الْإِجَارَةُ وَأُخْتَاهُ**؛ لِأَنَّهُ ذَكَرَ الْأَخْذَ فِي وَضْعِ الطَّرَفِ الْآخَرِ فِي كِتَابِ الْإِقْرَارِ أَيْضًا، **وَهَذَا بخلافِ مَا إذَا قالَ: اقْتَضَيْتُ مِنْ فُلَانٍ ألفَ درهم كَانَتْ لِي عَلَيْهِ، أَوْ أَقْرَضْتُهُ أَلْفًا، ثُمَّ أَخَذْتُهَا مِنْهُ، فَأَنْكَرَ الْمُقَرُّ لَهُ؛ حيثُ يَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَهُ**؛ لِأَنَّ الدُّيُونَ تَقْضَىٰ بِأَمْثَالِهَا بِقَبْضٍ مَضْمُونٍ، فَإِذَا أَقَرَّ بِالِاقْتِضَاءِ فَقَدْ أَقَرَّ بِسَبَبِ الضَّمَانِ، ثُمَّ ادَّعَىٰ تَمَلُّكَهُ عَلَيْهِ بِمَا يَدَّعِيهِ مِنَ الدَّيْنِ مَقَاصَّةً وَالْآخَرُ يُنْكِرُهُ.

غاية البيان

ثبوتُ المِلْكِ للمُقَرِّ لَهُ.

قولُه: (**وَلَيْسَ مَدَارُ الْفَرْقِ عَلَىٰ ذِكْرِ الْأَخْذِ فِي طَرَفِ الْوَدِيعَةِ وَعَدَمِهِ فِي الطَّرَفِ الْآخَرِ، وهوَ الْإِجَارَةُ [٢/٣٩٦و] وَأُخْتَاهُ**)، إنَّما قالَ هذا ردًّا[1] علىٰ فَرقِ القُمِّيِّ، وقد مَرَّ بيانُه، وأرادَ بالأُختَيْنِ: الإعارةَ والإسكانَ، وإنما ذكَّرَ الضميرَ الراجعَ إلىٰ الإجَارَةِ: علىٰ تأويلِ العَقْدِ.

قولُه: (**وَهَذَا بخلافِ مَا إذَا قالَ: اقْتَضَيْتُ مِنْ [١٣/٤٥و/د] فُلَانٍ ألفَ درهم كانَتْ لِي عَلَيْهِ، أَوْ أَقْرَضْتُه أَلْفًا، ثُمَّ أَخَذْتُهَا مِنْهُ، فَأَنْكَرَ الْمُقَرُّ لَهُ؛ حيثُ يَكُون الْقَوْلُ قَوْلَهُ**)، أي: قولُ المُقَرِّ لَهُ، أي: هذا الذي ذَكَرْنا في الإعارةِ والإجَارَةِ والإسكانِ ـ بأنَّ القولَ قولُ المُقِرِّ عندَ أبي حَنِيفَةَ ـ خلافُ ما إذا قالَ: اقتضيْتُ، أوْ قالَ: أقرضْتُ

(١) وقع بالأصل: «رد». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

أَمَّا هُنَا الْمَقْبُوضُ عَيْنُ مَا ادَّعَىٰ فِيهِ الْإِجَارَةَ وَمَا أَشْبَهَهَا فَافْتَرَقَا.

وَلَوْ أَقَرَّ أَنَّ فُلَانًا زَرَعَ هَذِهِ الْأَرْضَ، أَوْ بَنَىٰ هَذِهِ الدَّارَ، أَوْ غَرَسَ هَذَا الْكَرْمَ، وَذَلِكَ كُلُّهُ فِي يدِ الْمُقِرِّ، فَادَّعَاهَا فُلَانٌ، وقالَ الْمُقِرُّ: بلْ ذَلِكَ كُلُّهُ لِي

غاية البيان

وأخذْتُ، حيثُ يَكُون القولُ قولَ المُقَرِّ لَهُ.

وَوَجْهُ الفرقِ: ما قالَ: إنَّ الدَّيْنَ يُقْضَىٰ بالمِثْلِ، فإذا أقَرَّ باقتضاءِ [٦/١٦٩ظ/م] الدَّيْنِ وأخْذِ القَرْضِ؛ كانَ مُقرًّا بأخْذِ مِثْلِ حقِّه، والمِثْلُ مِلْكُ المُقَرِّ لهُ في الأصلِ، فيَكُونُ مُقرًّا بهِ له، فيُرَدُّ على المُقَرِّ لَهُ، أمَّا في صورةِ الإعارةِ والإجَارَةِ والإسكانِ: فالمقبوضُ عينُ ما ادَّعَىٰ فيهِ هذه الأشياءَ، فلَا يَكُونُ مقرًّا بِالمِلْكِ للمُقَرِّ لَهُ.

قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّين الأَسْبِيْجَابيُّ في «شرحِ الكافي» - في بابٍ بعدَ بابِ الإقْرَارِ بالجنايةِ -: «وإذا أقَرَّ الرَّجُلُ أنَّهُ اقتضىٰ مِن فلانٍ ألفَ درهم، فقالَ فلانٌ: ما كانَ لك عَلَيَّ شيءٌ، ولكنَّكَ أخذتَها مني ظُلمًا، فإنَّ المُقِرَّ يُؤْخَذُ برَدِّها عليْهِ بعدَ أنْ يحلِفَ أنَّهُ لَمْ يَكُنْ عليْهِ شيءٌ؛ لأنَّهُ أقَرَّ بأخْذِ مالِ الغيرِ، ومُطْلَقُ الأخذِ سَبَبٌ لوجوبِ الضَّمَانِ، وقد ادَّعَىٰ جهةً مانعةً مِنَ التضمِينِ، فلَا يُصَدَّقُ إلَّا بحُجةٍ.

وكذلكَ لوِ ادَّعاها هِبَةً، أوْ صدقةً، أوْ وَدِيعَةً؛ لأنَّهُ ادَّعَىٰ جهةً مانعةً مِنَ الضَّمَانِ، فلَا يُصَدَّقُ، أوْ قالَ: قبضتُها بوكالةٍ مِن فلانٍ كانَتْ لهُ عليكَ، أوْ وهبْتُها له، فأمَرني فقبضتُها ودفعتُها [١٣/٤٥ظ/د] إليه؛ كانَ ضامنًا للمالِ؛ لأنَّه[1] أقَرَّ بِالقَبْضِ، ولَمْ تَثْبُتِ الجهةُ التي ادَّعاها».

قولُه: (وَلَوْ أَقَرَّ أَنَّ فُلَانًا زَرَعَ هَذِهِ الْأَرْضَ، أَوْ بَنَىٰ هَذِهِ الدَّارَ، أَوْ غَرَسَ هَذَا الْكَرْمَ، وَذَلِكَ كُلُّهُ في يدِ الْمُقِرِّ، فَادَّعَاهَا فُلَانٌ، وقالَ الْمُقِرُّ: بلْ ذَلِكَ كُلُّهُ لِي

(١) وقع بالأصل: «لأم». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

اسْتَعَنْتُ بِك، فَفَعَلْتَ، أَوْ فَعَلْتَهُ بِأَجْرٍ؛ فَالقَوْلُ لِلْمُقِرِّ؛ لِأَنَّهُ مَا أَقَرَّ لَهُ بِالْيَدِ، وَإِنَّمَا أَقَرَّ بِمُجَرَّدِ فِعْلٍ مِنْهُ، وَقَدْ يَكُونُ ذَلِكَ فِي مِلْكٍ فِي يَدِ الْمُقِرِّ، وَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ: خَاطَ لِي الْخَيَّاطُ قَمِيصِي هَذَا بِنِصْفِ دِرْهَمٍ وَلَمْ يَقُلْ: قَبَضْتُهُ مِنْهُ؛ لَمْ يَكُنْ إِقْرَارًا بِالْيَدِ، وَيَكُونُ الْقَوْلُ لِلْمُقِرِّ؛ لِمَا أَنَّهُ أَقَرَّ بِفِعْلٍ مِنْهُ، وَقَدْ يَخِيطُ ثَوْبًا فِي يَدِ الْمُقِرِّ كَذَا هذا، وَاللهُ أَعْلَمُ.

غاية البيان

اسْتَعَنْتُ بِك، فَفَعَلْتَ، أَوْ فَعَلْتَهُ بِأَجْرٍ؛ فَالْقَوْلُ لِلْمُقِرِّ)، أي: استعنْتُ بكَ على الزِّرَاعَةِ، أوِ البناءِ، أوِ الغَرْسِ، وهذه مِنْ مسائلِ «**المبسوطِ**» ذكرَها تفريعًا.

قالَ شيخُ الإسلامِ خُوَاهَر زَادَه في «مبسوطِهِ» ـ في بابِ إِقْرارِ الرَّجُلِ بالمالِ اقتضاه مِن آخَرَ ـ: «ولوْ أقَرَّ أنَّ فلانًا زرَعَ هذه الأرضَ، أوْ بنىٰ هذه الدَّارَ، أوْ غَرَسَ هذا الكَرْمَ، أوْ غَرَسَ هذا البُسْتَانَ، وذلكَ كلُّه في يدِ المُقِرِّ؛ فإنَّه لَا يُؤْمَرُ بِالرَّدِّ عليه؛ لأنَّهُ لَمْ يُقِرَّ بِالقَبْضِ منه بعدما أقَرَّ بهذه الأشياءِ.

وفي مِثْلِ هذا لَا يَجِبُ علىٰ المُقِرِّ ردُّ ما في يدِه إلىٰ العاملِ، كما قلْنا في مسألةِ الخِيَاطَةِ إذا قالَ: خاطَ لي فلانٌ هذا الثَّوْبَ، ولَمْ يَقُلْ: قبضْتُه منه، فإنَّه لَا يَلْزَمُه الرَّدُّ عليْهِ لِمَا بَيَّنَّا، فكذلكَ هذا».

واللهُ أعلمُ بالصوابِ.

بَابُ
إقْـرَارِ الْمَرِيـضِ

وَإِذَا أَقَرَّ الرَّجُلُ فِي مَرَضِ مَوْتِه بِدُيُونٍ، وعليْهِ دُيُونٌ فِي صِحَّتِهِ، وَدُيُونٌ لَزِمَتْهُ فِي مَرَضِهِ بِأَسْبَابٍ مَعْلُومَةٍ؛ فَدَيْنُ الصِّحَّةِ، وَالدَّيْنُ الْمَعْرُوفُ الْأَسْبَابِ مُقَدَّمٌ.

غاية البيان

بَابُ
إقْـرَارِ الْمَرِيـضِ

أَخَّرَ إِقْرَارَ المريضِ: إمَّا لأنَّ المرضَ عارِضٌ، والأصلُ عدمُ العارِضِ، أوْ لأنَّ في إِقْرَارِ المريضِ اختلافًا في بعضِ الصوَرِ، كما [٦/١٧٠و/م] سيجِيءُ بيانُه، وإِقْرَارُ الصحيحِ ليسَ فيهِ اختلافٌ، فكانَ أقوىٰ، وبالتقديمِ أَوْلَىٰ.

قولُه: (**وَإِذَا أَقَرَّ الرَّجُلُ فِي مَرَضِ مَوْتِه بِدُيُونٍ، وعليْهِ دُيُونٌ فِي صِحَّتِهِ، وَدُيُونٌ** [١٣/٤٦و/د] **لَزِمَتْهُ فِي مَرَضِهِ بِأَسْبَابٍ مَعْلُومَةٍ؛ فَدَيْنُ الصِّحَّةِ، وَالدَّيْنُ الْمَعْرُوفُ الْأَسْبَابِ مُقَدَّمٌ**)، وهذا لفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصرِهِ»، وتمامُه فيه: «فإذا قُضِيَتْ وفَضَلَ شيءٌ كانَ فيما أقَرَّ بهِ حالَ المرضِ»[1].

وهذه الجملةُ تَشْتَمِلُ علىٰ مسائلَ:

منها: أنَّ إِقْرَارَ المريضِ لأجنبيٍّ، فالقياسُ: أَلَّا يَصِحَّ إلَّا مِنَ الثلثِ؛ لأنَّهُ يَمْلِكُ ثُلثَ مالِه، ولا يَمْلِكُ ما زادَ علىٰ ذلكَ.

ألا ترىٰ أنَّهُ لوْ وهبَ ما زادَ علىٰ الثلثِ لَمْ [٢/٣٩٦ظ] يَنْفُذْ، ولكنَّهم استحسنوا جوازَ إقرارِه في الجميعِ؛ لِمَا رُوِيَ عنِ ابنِ عُمَر رضي الله عنهما أنَّهُ قالَ: «إِذَا أَقَرَّ الرَّجُلُ فِي

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٩٩].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: دَيْنُ الْمَرَضِ وَدَيْنُ الصِّحَّةِ يَسْتَوِيَانِ لِاسْتِوَاءِ سَبَبِهِمَا [٨٧/و] وَهُوَ الْإِقْرَارُ الصَّادِرُ عَنْ عَقْلٍ وَدَيْنٍ، وَمَحِلُّ الْوُجُوبِ الذِّمَّةُ الْقَابِلَةُ لِلْحُقُوقِ، فَصَارَ كَإِنْشَاءِ التَّصَرُّفِ مُبَايَعَةً وَمُنَاكَحَةً.

غاية البيان

مَرَضِهِ بِدَيْنٍ لِرَجُلٍ غَيْرِ وَارِثٍ فَإِنَّهُ جَائِزٌ، وَإِنْ أَحَاطَ بِمَالِهِ»[(١)]. ولا يُعْرَفُ لهُ مُخالِفٌ، فحلَّ محلَّ الإجماعِ.

ولأنَّه غيرُ مُتَّهمٍ في حقِّ الأجنبيِّ، فنفَذَ إقرارُه في الجميعِ كالصحيحِ، بخلافِ إقرارِه لوارثٍ، حيثُ لَا يَصِحُّ؛ لأنَّهُ مُتَّهمٌ؛ لجوازِ إيثارِه علىٰ بَاقِي الورثةِ.

ومنها: أنَّ دَيْنَ الصحَّةِ يُقَدَّمُ علىٰ دَيْنِ المرضِ عندَنا، حتىٰ لوْ أقرَّ مَنْ عليْهِ دَيْنٌ في صحتِه في مرضِه لأجنبيٍّ بدَيْنٍ، أوْ عينٍ مَضْمُونَةٍ، أوْ أَمَانَةٍ؛ بأنْ قالَ: مُضَارَبَةٌ، أو وَدِيعَةٌ، أو غَصْبٌ؛ يُقَدَّم دَيْنُ الصحةِ، ولا يَصِحُّ إقرارُه في حقِّ غُرَمَاءِ الصحةِ، فإنْ فَضَلَ شيءٌ مِنَ التركةِ؛ فحينئذٍ يُصْرَفُ إلىٰ غُرَمَاءِ المرضِ، وعندَ الشَّافِعِيِّ: يستوي الدَّيْنانِ[(٢)].

قالَ شيخُ [الإسلام][(٣)] علاءُ الدِّين الأَسْبِيْجَابيُّ في «**شرحِ الكافي**»: وقالَ ابنُ أبي لَيْلَىٰ: ما أَقَرَّ بهِ في الصحةِ والمرضِ مِنَ الدَّيْن سواءٌ [١٣/٤٦ظ/د]، وذلكَ لأنَّ الدَّينيْنِ تساوَيا في سببِ الِاسْتِحْقَاقِ، فيستوِيَانِ في الِاسْتِحْقَاقِ؛ لأنَّ المساواةَ في السَّبَبِ تُوجِبُ المساواةَ في الحُكْمِ لَا محالةَ، والسببُ في حالِ الصحةِ والمرضِ: هوَ الإِقْرَارُ الصادرُ عنْ عقْلٍ ودِينٍ، وهما يمنعانِه عنِ الكذبِ، خصوصًا إذا كانَ فيهِ ضررٌ علىٰ نفسِه.

(١) سيأتي تخريجه قريبًا بعون الله.

(٢) ينظر: «العزيز شرح الوجيز» للرافعي [٦/٢٨٢]، و«روضة الطالبين» للنووي [٤/٣٥٤]، و«النجم الوهاج في شرح المنهاج» للدَّمِيري [٥/٨٧].

(٣) **ما بين المعقوفتين:** زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

وَلَنَا: أَنَّ الْإِقْرَارَ لَا يُعْتَبَرُ دَلِيلًا إِذَا كَانَ فِيهِ إِبْطَالُ حَقِّ الْغَيْرِ، وَفِي إِقْرَارِ الْمَرِيضِ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ حَقَّ غُرَمَاءِ الصِّحَّةِ تَعَلَّقَ بِهَذَا الْمَالِ اسْتِيفَاءً، وَلِهَذَا مُنِعَ مِنَ التَّبَرُّعِ وَالْمُحَابَاةِ إِلَّا بِقَدْرِ الثُّلُثِ. بِخِلَافِ النِّكَاحِ؛ لِأَنَّهُ مِنَ الْحَوَائِجِ الْأَصْلِيَّةِ

غاية البيان

والمعنىٰ الذي دَلَّ علىٰ صحةِ الإِقْرَارِ في حالةِ الصحةِ مَوْجُودٌ في حالةِ المرضِ، بلِ الدلالةُ هنا أقوىٰ، والحاجةُ إليهِ أمسُّ.

أَمَّا قوةُ الدلالةِ: فلأنَّ الحالَ حالُ الندمِ، واستدراكُ ما فرَّطَ، فالظاهرُ أنَّهُ لَا يُقْدِمُ إلَّا علىٰ ما هوَ صِدْقٌ [١٧٠/٦ظ/م]، وكذا الحاجةُ إلىٰ التدارُكِ أَمَسُّ؛ لأنَّهُ لَا يَطْمَعُ في الحياةِ غالبًا، فلَا يَطْمَعُ في إمكانِ التدارُكِ، وفي حالةِ الصحَّةِ يَطْمَعُ في الحياةِ، فيُؤَخِّرُ التدارُكَ، فصارَ إقرارُه في المرضِ كتصرُّفِه مبايعةً ومُناكحةً، فيستوِي الحالانِ.

ولنا: أنَّ حقَّ غُرَمَاءِ الصحةِ مُتَعَلِّقٌ بمالِه، فلَا يتعَلَّقُ بهِ حقُّ غُرَمَاءِ المرضِ، ولهذا كانَ محجورًا عن التبَرُّعِ والمحاباةِ، وما كانَ الحَجْرُ إلَّا لتَعلُّقِ حقِّ غَرِيمِ الصحةِ، فلَمَّا كانَ حقُّ غَرِيمِ الصحَّةِ متعلِّقًا بمالِهِ؛ لَمْ يَصِحَّ إقرارُه لغريمٍ آخرَ في المرضِ قياسًا علىٰ المرتهنِ مع سائرِ الغُرَمَاءِ.

وإنَّما قلْنا ذلكَ: لأنَّ المقتضَىٰ للتعلُّق: وجوبُ الدَّيْنِ عليه؛ **لأنَّ الدَّيْنَ إذا** وجَبَ عليْهِ وله مالٌ صالحٌ لقضائِه؛ وجَبَ عليْهِ صَرْفُه إلىٰ تلكَ الجهةِ؛ **لتفريغِ** ذِمَّتِه، إلَّا أنَّ الشَّرْعَ جعلَ هذا التعلُّقَ كَلَا تعَلُّقٍ في حالِ صحتِه؛ **لأنَّهُ يَقْدِرُ علىٰ** الكسبِ غالبًا [٤٧/١٣و/د]، فيُقِيمُ غيرَه مقامَه، أوْ جعلَ المالَ **الذي هوَ بعَرَضِ** الحصولِ كالحاصلِ، فلَا يتعَلَّقُ بهذا المالِ علىٰ التَّعْيِينِ حَقٌّ.

أمَّا إذا مَرِضَ: فقدْ عجزَ عنِ الكسبِ غالبًا، فوقَعَ **اليأسُ عنْ حصولِ مالٍ** آخرَ، فظهَرَ قضيةُ الأصلِ، وهوَ التعلُّقُ بهذا المالِ.

....

وأمَّا الشِّرَاءُ والنِّكَاحُ والاستهلاكُ: فليسَ بواردٍ علينا؛ لأنَّ الشِّرَاءَ إبطالٌ مِنْ حيثُ الصورةُ لَا المعنىٰ، وحقُّ الغُرَمَاءِ مُتعَلِّقٌ بالمعنىٰ لَا بالصورةِ، والمعنىٰ مَوْجُودٌ، وهوَ المَالِيَّةُ، فلَمْ يَكُنِ الشِّرَاءُ تعَرُّضًا لحقِّ الغيرِ.

والنِّكَاحُ مِنَ الحوائجِ الأَصْليةِ؛ لأنَّ طريقَ بقاءِ النفسِ بالتناسُلِ، ولا طريقَ إليهِ إلَّا النِّكَاح، فلَمْ يَكُنْ ممنوعًا عن التصَرُّفِ في حوائجِه الأَصْليةِ، فلَمْ يَكُنْ دَيْنُ الصحةِ مقدَّمًا علىٰ المهرِ، فكانَ ذلكَ كصَرْفِ مالِه إلىٰ الأغْذيةِ والأدويةِ، والاستهلاكُ فِعْلٌ حِسِّيٌّ لَا يَقْبَلُ الحَجْرَ بعدما تحققَ، والإِقْرَارُ خبَرٌ يَحْتَمِلُ الصدقَ والكذبَ، فأمكَنَ ردُّه في حقِّ الغَرِيمِ.

قالَ في «إشاراتِ الأسرارِ»: «وهذا بخلافِ ما لوْ أقَرَّ ثُمَّ أقَرَّ؛ لأنَّ الإقرارَيْنِ صدَرَا في حالةٍ واحدةٍ، وهي حالةُ المرضِ، وهذه الحالةُ في حقِّ التعلُّقِ علىٰ السواءِ، فاستوَيا في التعلُّقِ، فأمَّا دَيْنُ الصحةِ كانَ واجبًا، فسبَقَ تعلُّقُه [٣٩٧/٢و] إقرارَه في المرضِ، فامتنَع الظهورُ في حقِّه.

وهذا بخلافِ ما إذا أقَرَّ بالوديعةِ أوَّلًا ثُمَّ الدَّيْنِ؛ لأنَّ التعلُّق بالعينِ باعتبارِ الوَدِيعَةِ ليسَ هوَ مِنْ مُوجِبِ المرضِ [١٧١/٦و/م]، فإذا أقَرَّ صحَّ، وتعلَّقَ بهِ [٤٧/١٣ظ/د] لَا مِنْ حيثُ إنَّهُ مُوجِبُ المرضِ، فإذا وُجِدَ الإِقْرَارُ بالدَّيْنِ بعدَ ذلكَ ولا مالَ لهُ؛ لَمْ يتعلَّقْ بهِ، فأمَّا إذا أقَرَّ بالدَّيْنِ أوَّلًا يَصِيرُ الإِقْرَارُ بالوديعةِ بعْدَ ذلكَ بمنزلةِ وَدِيعَةٍ مُسْتهلكةٍ، وهوَ بمنزلةِ الدَّيْنِ، فاستوَيا»، والبَاقِي يُعْلَمُ في نُسَخِ «**طريقةِ الخلافِ**»[(١)]. والمسألةُ مشهورةٌ فيها.

ومنها: أنَّ كلَّ دَيْنٍ لزمَ المريضَ مِنْ ثَمَنِ مالٍ ملَكَه، أو استهْلَكَه، أوْ عُلِمَ

---

(١) يعني: يُنْظَر في الكتب التي عُنِيَتْ بذِكْر طريقة الخلاف. وينظر منها: «طريقة الخلاف» للعلاء السمرقندي [ص/٤٠٨ ـ ٤١٢].

وَهُوَ بِمَهْرِ الْمِثْلِ، وَبِخِلَافِ الْمُبَايَعَةِ بِمِثْلِ الْقِيمَةِ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْغُرَمَاءِ تَعَلَّقَ بِالْمَالِيَّةِ لَا بِالصُّورَةِ، وَفِي حَالَةِ الصِّحَّةِ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِالْمَالِ لِقُدْرَتِهِ عَلَى الِاكْتِسَابِ فَيَتَحَقَّقُ التَّثْمِيرُ، وَهَذِهِ حَالَةُ الْعَجْزِ وَحَالَتَا الْمَرَضِ حَالَةٌ وَاحِدَةٌ؛ لِأَنَّهُ حَالَةُ الْحَجْرِ، بِخِلَافِ حَالَتَيْ الصِّحَّةِ وَالْمَرَضِ؛ لِأَنَّ الْأُولَى: حَالَةُ إِطْلَاقٍ، وَهَذِهِ حَالَةُ عَجْزٍ فَافْتَرَقَا.

وَإِنَّمَا يُقَدَّمُ الْمَعْرُوفَةُ الْأَسْبَابِ؛ لِأَنَّهُ لَا تُهْمَةَ فِي ثُبُوتِهَا إِذِ الْمُعَايَنُ لَا مَرَدَّ

غاية البيان

وجوبُه بغيرِ إقرارِه؛ كانَ كدَيْنِ الصحةِ، وسيَجِيءُ بيانُه بعدَ هذا.

قولُه: (وَهُوَ بِمهر المِثْلِ)، أي: نِكَاحُ المريضِ مَرَضَ الموتِ الذي عليْهِ دَيْنٌ؛ يُعْتَبَرُ بمهرِ المِثْلِ، والزِّيَادَةُ على ذلكَ بَاطِلٌ، والنِّكَاحُ جائزٌ.

قولُه: (وَهَذِهِ حَالَةُ الْعَجْزِ)، أي: حالةُ المرضِ حالةُ العجزِ عنِ الاكتسابِ.

قولُه: (وَحَالَتَا الْمَرَضِ حَالَةٌ وَاحِدَةٌ)، جوابٌ عما يقال مِن جهة الخَصْم؛ بأنْ يقالَ: إذا أقَرَّ المريضُ بدَيْن يتعَلَّق حقُّ الغَرِيم به، ومع هذا لَا يَمْنَع إقرارَه لغريمٍ آخر، فينبغي إلَّا يَمْنَع تعلقُّ حقِّ غَرِيم الصحة أيضًا إقرارَه في المرض.

فقالَ: هيَ حالةٌ واحدةٌ؛ لأنَّها حالةُ الحَجْرِ، ولهذا يُمْنَعُ عنِ التبَرُّعِ، فكانَ الإِقْرارانِ سواءٌ، بخلافِ حالةِ الصحةِ وحالةِ المرضِ؛ لأنَّهما مختلفانِ؛ لأنَّ الأُولَى: حالةُ إطلاقٍ، والأُخرى: حالةُ حَجْرٍ.

قولُه: (لِأَنَّ الْأُولَى: حَالَةُ إِطْلَاقٍ، وَهَذِهِ حَالَةُ عَجْزٍ)، لوْ قالَ: حالة حَجْرٍ؛ كانَ أَوْلَى؛ لكونِه أشدَّ مناسبةً بالإطلاقِ.

قولُه: (وَإِنَّمَا يُقَدَّمُ الْمَعْرُوفَةُ الْأَسْبَابِ)، أي: تُقَدَّمُ الدُّيُونُ المعروفةُ الأسباب، كالثمنِ في البَيْعِ والقَرْضِ، والمهرِ في النِّكَاحِ، والأُجْرةِ في الإِجَارَة على دَيْنٍ ثبتَ

لَهُ ، وَذَلِكَ مِثْلُ بَدَلِ مَالٍ مَلَكَهُ أَوِ اسْتَهْلَكَهُ ، وَعَلِمَ وُجُوبَهُ بِغَيْرِ إِقْرَارِهِ ، أَوْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً بِمَهْرِ مِثْلِهَا ، وَهَذَا الدَّيْنُ مِثْلُ دَيْنِ الصِّحَّةِ لَا يُقَدَّمُ أَحَدُهُمَا عَلَىٰ الْآخَرِ

بالإقرارِ في المرضِ ، كَالْغَصْبِ ونحوِه .

قالَ في «المبسوطِ»[1]: «إنِ استقرَضَ مالًا في مرضِه ، وعايَنَ الشهودُ دفْعَ المُقْرِضِ المالَ إلىٰ المُسْتَقْرِضِ ، أو اشْتَرَىٰ شيئًا بألفِ درهمٍ ، وعايَنَ الشهودُ قبْضَ المَبيعِ ، أوْ تزَوَّجَ امرأةً بمهرِ [١٣/٤٨و/د] مِثْلِها ، أو استأجَر شيئًا بمعاينةِ الشهودِ ؛ فإنَّ هذه الدُّيُونَ تَكُونُ مساويةً لديونِ الصحةِ ، وذلكَ لأنَّها وجَبَتْ بأسبابٍ معاينة لَا مَرَدَّ لها ، ولأنَّه بالقرضِ والشِّرَاءِ لَمْ يُفَوِّتْ علىٰ غُرَمَاءِ الصحَّةِ شيئًا ؛ لأنَّهُ يَزِيدُ في التركةِ مقدارَ الدَّيْنِ الذي تعلَّق بها ، ومتىٰ لَمْ يتعرَّضْ لحقوقِهم بالإبطالِ نَفَذَ مطلقًا» .

قالَ خُوَاهَر زَادَه في «مبسوطِهِ»: فإنْ قضَىٰ المريضُ دَيْنَ هؤلاءِ ، هلْ لغُرماءِ الصحَّةِ أنْ يُشارِكوا القابضَ فيما قبَضَ؟ فإنْ قضَىٰ دَيْنَ المُقْرِضِ ودَيْنَ البَائِعِ ؛ لَا يَكُونُ لغُرماءِ [٦/١٧١ظ/م] الصحةِ حقُّ المشاركةِ فيما قبَضَه القابضُ ، وإنْ قضَىٰ دَيْنَ المرأةِ ودَيْنَ الآجِرِ ؛ كانَ لهم حقُّ المشاركةِ فيما قبَضَه القابضُ ، وذلكَ لأنَّ المريضَ بقضاءِ دَيْنِ المُقْرِضِ والبَائِعِ لَمْ يُبْطِلْ حقَّ غُرَمَاءِ الصحةِ ؛ لأنَّ حقَّهم ليسَ في أعيانِ المالِ ، بلْ في معناه ، وهيَ المَالِيَّةُ حتىٰ كانَ للميتِ أنْ يَقْضِيَ مكانَه آخرَ .

فإذا كانَ حقُّهم متعلِّقًا بمعنىٰ المالِ ، وهيَ المَالِيَّةُ ؛ لَا بأعيانِ المالِ - والأعيانُ كلُّها صالحةٌ لقضاءِ حقِّهم علىٰ السواءِ - ؛ لَمْ يَصِرْ بهذا القَضَاءِ مُبْطِلًا عليهم حقَّهم ، بلْ صارَ ناقِلًا حقَّهم مِنْ عينٍ إلىٰ عينٍ ، وله النقلُ ، فإنَّه لوْ باعَ وأوْفَىٰ مِنْ ثمنِها ؛ كانَ جائزًا .

بخلافِ ما لوْ قضَىٰ المهرَ والأُجْرَةَ ؛ لأنَّهُ بهذا القَضَاء يُبْطِلُ حقَّهم في عينِ

(١) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٨/٢٢٧/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية] .

. . . .

المالِ وفي ماليَّتِه؛ لأنَّ ما وَصَلَ إليهِ مِن العِوَضِ لَا يصْلُحُ لقضاءِ [١٣/٤٨ظ/د] حقِّهم، فصارَ وجودُ هذا العِوَض في حقِّهم وعدمُه [٢/٣٩٧ظ] بمنزلةٍ، فصارَ بهذا القَضَاءِ مُبْطِلًا حقَّهم، وله النقلُ، وليس لهُ الإبطالُ، فقد جُعِلَ للمريضِ أنْ يُنْقَلَ حقَّ الغُرَمَاءِ مِن مالٍ إلىٰ مالٍ بهذه الأسبابِ، ولَمْ يُجْعَلْ للرَّاهِنِ ذلكَ.

فإنَّ الرَّاهِنَ لوْ باعَ المَرْهُونَ، أو استأجَرَ بهِ شيئًا، أوْ تزَوَّجَ بهِ امرأةً؛ لَمْ يَجُزْ، وكما تعلَّقَ حقُّ المُرْتَهِنِ بالرهنِ؛ فقدْ تعَلَّقَ حقُّ الغُرَمَاءِ بمالِه بمرضِ الموتِ؛ لضَعْفِ ذِمَّتِه، وإنَّما فعلوا هكذا؛ لأنَّ حقَّ المُرْتَهنِ في الرَّهْنِ إنَّما يَثْبُتُ في حقِّ العينِ والمَالِيَّةِ جميعًا؛ لأنَّهُ ثبتَ لهُ بالرهنِ يدُ الاِسْتِيفَاءِ مِنْ حيثُ الحُكْمُ، حتىٰ لوْ هلَكَ صارَ مُسْتوفيًا لدَيْنِه حُكْمًا، كما لوِ اسْتَوْفَىٰ حقيقةً.

فأمَّا حقُّ غُرَمَاءِ[1] الصحةِ قبْلَ اسْتِيفَاءِ الدَّيْنِ: لَمْ يَثْبُتْ في العينِ، إنَّما يَثْبُتُ في معنىٰ العينِ، وهيَ المَالِيَّةُ، وبالبيعِ والقَرْضِ لَا يَبْطُلُ حقُّهم عنِ المَالِيَّةِ؛ لأنَّ الأعيانَ كلَّها في حقِّ المَالِيَّةِ علىٰ السواءِ.

فإنْ قيلَ: إنْ كانَ يَنْقُلُ حقَّهم مِنْ مالٍ إلىٰ مالٍ بالبَيْعِ والقَرْضِ، فبالنكاحِ والإِجَارَةِ يُبْطِلُ حقَّهم؛ لأنَّ ما يَصِلُ إليهم مِنَ العِوَضِ لَا يصْلُحُ لقضاءِ حقِّهم، فكانَ يَنْبَغِي ألَّا يَصِحَّ إلَّا برضا مَنْ لهُ الحقُّ.

فالجوابُ عنه: أنَّ حقَّهم وإنْ كانَ يَبْطُلُ، إلَّا أنَّهُ يَبْطُلُ بسببِ إقامةِ حاجته، وله إبطالُ حقِّهم بحوائجِه، ألا ترىٰ أنَّهُ يُنْفِقُ علىٰ نفسِه، وإنْ كانَ في ذلكَ إبطالُ حقِّهم[2]؛ لأنَّهُ محتاجٌ إليه، فقد جُعِلَ للمريضِ إبطالُ حقِّهم [٦/١٧٢و/م] بسببِ إقامةِ

---

(١) وقع بالأصل: «الغرماء». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

(٢) وقع بالأصل، و«د»: «وإنْ كان في ذلك إبطالُ حقِّهم، ويكفن وإن كان في ذلك إبطال حقهم». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

لِمَا بَيَّنَّا.

وَلَوْ أَقَرَّ بِعَيْنٍ فِي يَدَيْهِ لِآخَرَ؛ لَمْ يَصِحَّ فِي حَقِّ غُرَمَاءِ الصِّحَّةِ لِتَعَلُّقِ حَقِّهِمْ بِهِ.

وَلَا يَجُوزُ لِلْمَرِيضِ أَنْ يَقْضِيَ دَيْنَ بَعْضِ الْغُرَمَاءِ دُونَ الْبَعْضِ؛ لِأَنَّ فِي إِيثَارِ الْبَعْضِ إِبْطَالُ حَقِّ الْبَاقِينَ، وَغُرَمَاءُ الصِّحَّةِ وَالْمَرَضِ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ، إِلَّا إِذَا قَضَىٰ مَا اسْتَقْرَضَ فِي مَرَضِهِ أَوْ نَقَدَ ثَمَنَ مَا اشْتَرَىٰ فِي مَرَضِهِ وَقَدْ عَلِمَ بِالْبَيِّنَةِ.

غاية البيان

[حاجتِه، والنِّكَاحُ][(١)] والإِجَارَةُ مِنْ حوائجِه، فمَلَكَ إبطالَ حقِّهم بِالنِّكَاحِ [١٣/٤٩و/د] والإِجَارَةِ، كما ملَكَ بالإنفاقِ علىٰ نفسِه.

فأَمَّا الرَّاهِنُ: فلَا يَمْلِكُ إبطالَ حقِّ المُرْتَهِنِ، لَا بحاجةٍ، ولا بغيرِ حاجةٍ، فإنَّه لوِ احتاجَ إلىٰ نفقةِ ذلكَ علىٰ نفسِه، أو احْتِيجَ إلىٰ أنْ يُكَفَّنَ بالرهْنِ بعدَ وفاتِه؛ فإنَّه لَا يَبْطُلُ حقُّه، فلهذا لَمْ يَمْلِكْ هذه التصرفاتِ في الرَّهْنِ، وملَكَ في مالِه بعْدَ المرضِ، وإنْ تعَلَّقَ بها حقُّ الغُرَمَاءِ.

قولُه: (**لِمَا بَيَّنَّا**)، إِشَارَةٌ إلىٰ قولِه: (**إِذِ الْمُعَايَنُ لَا مَرَدَّ لَهُ**).

قولُه: (**وَلَوْ أَقَرَّ بِعَيْنٍ فِي يَدَيْهِ لِآخَرَ؛ لَمْ يَصِحّ فِي حَقِّ غُرَمَاءِ الصِّحَّةِ**)، **يَعْنِي**: إذا أقَرَّ بعينٍ سواءٌ كانَتْ أَمَانَةً، أوْ مَضْمُونَةً؛ لَا يَصِحُّ ذلكَ في حقِّ غَرِيمِ الصحةِ، علىٰ معنىٰ أنَّ دَيْنَ الصحةِ يُقَدَّمُ علىٰ ذلكَ، وقدْ مَرَّ بيانُه، وإنَّما ذكرَ هذا تفريعًا.

قولُه: (**وَلَا يَجُوز لِلْمَرِيضِ أَنْ يَقْضِيَ دَيْنَ بَعْضِ الْغُرَمَاءِ دُونَ الْبَعْضِ**)، وهذا أيضًا تفريعٌ علىٰ مسألة القُدُورِيِّ، **يَعْنِي**: إذا قضَىٰ المريضُ بعضَ الدُّيُونِ مِنْ ديونِ الصحَّةِ، والدُّيُونُ المعروفةُ الأسباب، يُرَدُّ ذلكَ ويُجْعَلُ بينَ الغُرَمَاءِ بالحِصَصِ، إلَّا إذا قضَىٰ القَرْضَ، أو أَدَّىٰ ثَمَنَ المَبِيعِ، فيَكُونُ المُقْرِضُ والبَائِعُ أحقَّ بذلكَ،

---

(١) ما بين المعقوفتين: في «م»: «حاجة النكاح».

قالَ: فَإِذَا قُضِيَتْ ـ يَعْنِي: الدُّيُونَ الْمُتَقَدِّمَةَ ـ وَفَضَلَ شَيْءٌ؛ يُصْرَفُ إِلَىٰ مَا أَقَرَّ بِهِ فِي حَالَةِ الْمَرَضِ؛ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ فِي ذَاتِهِ صَحِيحٌ، وَإِنَّمَا رُدَّ فِي حَقِّ غُرَمَاءِ الصِّحَّةِ، فَإِذَا لَمْ يَبْقَ حَقُّهُمْ ظَهَرَتْ صِحَّتُهُ.

قالَ: وإِنْ لَمْ يَكُنْ عليْهِ دُيُونٌ فِي صِحَّتِهِ؛ جَازَ إِقْرَارُهُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَضَمَّنْ

غاية البيان

وليسَ لغُرماءِ الصحةِ وغيرِهِم شيءٌ مِنْ ذلكَ، وقدْ مَرَّ بيانُه قبْلَ هذا.

قولُه: (قالَ: فَإِذَا قُضِيَتْ ـ يَعْنِي: الدُّيُونَ الْمُتَقَدِّمَةَ ـ وَفَضَلَ شَيْءٌ؛ يُصْرَفُ إِلَىٰ مَا أَقَرَّ بِهِ فِي حَالَةِ الْمَرَضِ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصرِه»[(١)].

وقولُه: (يَعْنِي: الدُّيُونَ الْمُتَقَدِّمَةَ)، تفسيرٌ مِنْ صاحبِ «الهداية» لقولِه: (قُضِيَتْ)، وأرادَ [١٣/٤٩ظ/د] بالديونِ المتقدِّمةِ: ديونَ الصحةِ، والدُّيُونَ اللازمةَ بأسبابٍ معلومةٍ.

قولُه: (وَفَضَلَ شَيْءٌ)، أي: مِنَ التركةِ بعدَ قَضَاءِ الدُّيُونِ المذكورةِ، وإنَّما يُصْرَفُ ما فَضَلَ إلىٰ الدَّيْنِ الذي أَقَرَّ بهِ في حالةِ المرضِ؛ لأنَّ الإِقْرَارَ وقَعَ صحيحًا في نفسِه، وإنَّما رُدَّ لحقِّ غُرَمَاءِ الصحةِ، فلما قُضِيَ حقُّهم؛ سَقَطَ حقُّهم، ولَمْ يَبْقَ، فصارَ كأنَّه لَمْ يَكُنْ دَيْنُ الصحةِ أصلًا، ولو لَمْ يَكُنْ ذلكَ تُصْرَفُ التركةُ إلىٰ ما أَقَرَّ بهِ حالةَ المرضِ، فكذا هذا، وهذا معنىٰ قولِه: (فَإِذَا لَمْ يَبْقَ حَقُّهُمْ؛ ظَهَرَتْ صِحَّتُهُ)، أي: صحةُ إقرارِه في المرضِ.

قولُه: (قالَ: وإِنْ لَمْ يَكُنْ عليْهِ دُيُونٌ [٢/٣٩٨و] فِي صِحَّتِهِ؛ جَازَ إِقْرَارُهُ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصرِه»، وتمامُه فيه: «فكانَ المُقِرُّ أَوْلَىٰ مِن الورثةِ»[(٢)]، وذلكَ لأنَّ إقرارَه صحيحٌ في نفسِه، ولكنْ رُدَّ لحقِّ غُرَمَاءِ [٦/١٧٢ظ/م] الصحةِ إذا كانوا،

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٩٩].
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٠٠].

إِبْطَالَ حَقِّ الْغَيْرِ، فَكَانَ الْمُقَرُّ لَهُ أَوْلَىٰ مِنَ الْوَرَثَةِ **لِقَوْلِ عُمَرَ** رضي الله عنه: **إِذَا أَقَرَّ الْمَرِيضُ بِدَيْنٍ جَازَ ذَلِكَ عليْهِ فِي جَمِيعِ تَرِكَتِهِ**؛ وَلِأَنَّ قَضَاءَ الدَّيْنِ مِنَ الْحَوَائِجِ الْأَصْلِيَّةِ، وَحَقُّ الْوَرَثَةِ يَتَعَلَّقُ بِالتَّرِكَةِ بِشَرْطِ الْفَرَاغِ، وَلِهَذَا يُقَدَّمُ حَاجَتُهُ فِي التَّكْفِينِ. [٨٧/ظ]

غاية البيان

فإنْ لَمْ يُوجَدْ حقُّهم؛ نَفَذَ إقرارُه في حالةِ المرضِ، فكانَ غَرِيمُ المرضِ مُقدَّمًا علىٰ الورثةِ، كغُرماءِ الصحَّةِ؛ لأنَّ الدَّيْنَ مُقَدَّمٌ علىٰ الْإِرْثِ.

قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّين الأَسْبِيْجَابيُّ في «شرحِ الكافي»: «ولوْ مَرِضَ وفي يدِه ألفُ درهمٍ لَا مالَ لهُ غيرها، وليسَ عليْهِ دَيْنُ الصحة، فأقرَّ بدَيْنٍ ألفِ درهمٍ، ثُمَّ أَقَرَّ بأنَّ الألفَ التي في يديه وَدِيعَةٌ لفلانٍ، أوْ مُضَارَبَةٌ، ثُمَّ أَقَرَّ بدَيْنٍ ألفِ درهمٍ، ثُمَّ ماتَ؛ قُسِمَتِ الألفُ بينهم أثلاثًا؛ لأنَّهُ لَمَّا أقَرَّ بالدَّينِ أوَّلًا؛ فقدْ تعَلَّقَ حقُّ الغُرَمَاءِ [١٣/٥٠و/د] بالألفِ التي في يديه، فإذا أَقَرَّ بأنَّها وَدِيعَةٌ؛ فقدْ أَقَرَّ بوديعةٍ مُسْتهلكةٍ؛ لأنَّهُ لَا يُمْكِنُه التَّسْليمُ إلىٰ المُقَرِّ لَهُ، فيكونُ إقرارًا بالدَّيْنِ معنىٰ، والكلُّ في حالةِ المرضِ، فاستَوَتِ الدُّيُونُ في التعلُّقِ.

ولوْ قالَ صاحبُ الدَّيْن الأولُ: لَا حقَّ لي قِبَلَ الميتِ، أوْ قدْ أبرأتُه مِنْ دَيْني؛ كانَتِ الألفُ بينَ صاحبِ الوَدِيعَةِ والغَرِيمِ الآخرِ نصفَيْنِ؛ لأنَّ البَرَاءَةَ وُجِدَتْ بعْدَ تعلُّقِ الكلِّ، فلَا يتَغَيَّرُ الحُكْمُ، ولا يَبْطُلُ حقُّ الآخرِ بإبراءِ الأوَّلِ، ولوْ لَمْ يبْرئْه الأوَّلُ، ولكنَّهُ أكذَبَه في الإِقْرَارِ وردَّه؛ كانَتِ الألفُ كلُّها للمُقَرِّ له بالوَدِيعَةِ؛ لأنَّهُ بالإكذابِ تبيَّنَ أنَّهُ لَا حقَّ لهُ، ولا تعلُّقَ، فيَكُونُ الإِقْرَارُ بالوديعةِ بعَيْنِها سابقًا علىٰ الإِقْرَارِ بالدَّينِ، فيَسْبِقُه في التعلُّقِ لِمَا بَيَّنَّا[1]». [كذا][2] **في «شرحِ الكافي»**.

قولُه: (لِقَوْلِ عُمَرَ رضي الله عنه: **إذَا أَقَرَّ الْمَرِيضُ بِدَيْنٍ جَازَ ذَلِكَ عليْهِ فِي جَمِيعِ تَرِكَتِهِ)، فيه نَظَرٌ؛ لأنَّهُ رُوِيَ في «مبسوط خُوَاهَر زَادَه»**، وغيرِه عن ابن عُمَر، لَا

(١) لأن الدَّيْن يتعلَّق بمال المريض لَا بغيره. كذا جاء في حاشية: «تح»، و«م»، و«د».

(٢) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

قالَ: وَلَوْ أَقَرَّ الْمَرِيضُ لِوَارِثِهِ لَا يَصِحُّ، إلَّا أَنْ يُصَدِّقَهُ فيهِ بَقِيَّةُ الْوَرَثَةِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ: يَصِحُّ؛ لِأَنَّهُ إِظْهَارُ حَقٍّ ثَابِتٍ لِتَرَجُّحِ جَانِبِ الصِّدْقِ فِيهِ، وَصَارَ كَالْإِقْرَارِ لِأَجْنَبِيٍّ وَبِوَارِثٍ آخَرَ، وَبِوَدِيعَةٍ مُسْتَهْلَكَةٍ لِلْوَارِثِ.

عن عُمَر، وكذلك رُوِيَ في «**الأصل**»: حدَّثَ محمدُ بنُ الحسنِ فيهِ، عنْ يعقوبَ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عُبَيْدِ اللهِ[1] العَرْزَمِيِّ، عَنْ نَافِعٍ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ، أَنَّهُ قالَ: «**إِذَا أَقَرَّ الرَّجُلُ فِي مَرَضِهِ بِدَيْنٍ لِرَجُلٍ غَيْرِ وَارِثٍ؛ فَإِنَّهُ جَائِزٌ، وَإِنْ أَحَاطَ ذَلِكَ بِمَالِهِ**»[2].

قولُه: (قالَ: وَلَوْ أَقَرَّ الْمَرِيضُ لِوَارِثِهِ؛ لَا يَصِحُّ، إلَّا أَنْ يُصَدِّقَهُ فيهِ بَقِيَّةُ الْوَرَثَةِ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «**مختصرِه**»[3]، وأحدُ قَوْلَيِ الشَّافِعِيِّ رحمه الله مِثْلُ قولِنا، وقالَ في قولٍ آخرَ: يَصِحُّ إقرارُه له[4]. كذا في «**شرحِ الأقطعِ**»[5].

وَجْهُ قولِه: أَنَّهُ أقرَّ بملكِه لهُ، فصحَّ كإقرارِه لهُ حالةَ الصحةِ، وإقرارُه للأجنبيِّ في مرضِ الموتِ، وإقرارُه بوارثٍ آخرَ، وإقرارُه أَنَّهُ استهلكَ [١٣/٥٥٠ظ/د] وَدِيعَةَ الوَارِثِ.

ولنا: حديثُ الدَّارَقُطْنِيِّ عَنْ رَسُولِ اللهِ ﷺ أَنَّهُ قالَ: «**لَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ، وَلَا إِقْرَارَ لهُ بِدَيْنٍ**»[6]، ولأنه مَحْجُورٌ عليْهِ في هذا الإِقْرَارِ؛ لتَعَلُّقِ حقِّ الورثةِ بالتركةِ

---

(١) وقَع في النُّسَخ: «عبد الله»! والصوابُ ما أثبتناه، وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الأصل/ المعروف بالمبسوط».

(٢) أخرجه: محمد بن الحسن في «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٨/٢٢٦/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية]. عن يعقوب بإسناده به.

(٣) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/١٠٠].

(٤) وأصحُّ القولَيْن: هو الصحة مطلقًا. ينظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٤/٢٦٢]. و«روضة الطالبين» للنووي [٤/٣٥٣].

(٥) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٢٩٨].

(٦) أخرجه: أبو الشيخ الأصبهاني في «طبقات المحدثين بأصبهان» [٣/١٧٢]، ومن طريقه البيهقي=

وَلَنَا: قَوْلُهُ ﷺ: «لا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ وَلَا إِقْرَارَ لَهُ بِالدَّيْنِ». وَلِأَنَّهُ تَعَلَّقَ حَقُّ الْوَرَثَةِ بِمَالِهِ فِي مَرَضِهِ؛ وَلِهَذَا يُمْنَعُ مِنَ التَّبَرُّعِ عَلَى الْوَارِثِ أَصْلًا، فَفِي تَخْصِيصِ الْبَعْضِ بِهِ إِبْطَالُ حَقِّ الْبَاقِينَ، وَلِأَنَّ حَالَةَ الْمَرَضِ حَالَةُ الِاسْتِغْنَاءِ، وَالْقَرَابَةُ سَبَبُ التَّعَلُّقِ، إِلَّا أَنَّ هَذَا التَّعَلُّقُ لَمْ يَظْهَرْ فِي حَقِّ الْأَجْنَبِيِّ لِحَاجَتِهِ إِلَى الْمُعَامَلَةِ فِي الصِّحَّةِ؛ لِأَنَّهُ لَوِ انْحَجَرَ عَنِ الْإِقْرَارِ بِالْمَرَضِ يَمْتَنِعُ النَّاسُ عَنِ الْمُعَامَلَةِ مَعَهُ، وَقَلَّ مَا تَقَعُ الْمُعَامَلَةُ مَعَ الْوَارِثِ، وَلَمْ يَظْهَرْ فِي حَقِّ الْإِقْرَارِ بِوَارِثٍ آخَرَ لِحَاجَتِهِ أَيْضًا، ثُمَّ هَذَا التَّعَلُّقُ حَقُّ بَقِيَّةِ الْوَرَثَةِ، فَإِذَا صَدَّقُوهُ فَقَدْ أَبْطَلُوهُ فَصَحَّ إِقْرَارُهُ.

غاية البيان

إرثًا على اعتبارِ اتصالِ المرضِ [٦/١٧٣و/م] بالموتِ.

والدليلُ على تعلُّقِ حقِّهم: أنَّهُ لوْ وهبَ لواحدٍ منهم شيئًا، أوْ أوصَى لهُ بشيءٍ؛ **لَا يَجُوزُ**، لِمَا فيهِ مِن إيثارِ البعضِ، وتهمةُ الإيثارِ هنا متحقِّقةٌ؛ لأنَّهُ لَمَّا عَلِمَ أنَّهُ لَا يَنْفُذُ تبرُّعُه؛ مالَ إلى الإقْرَارِ، وإِقْرَارُ المَحْجُورِ عليْهِ بَاطِلٌ، بخلافِ ما **لوْ أقرَّ في حالةِ الصحَّةِ**؛ لأنَّهُ ليسَ بمحجورٍ عنِ التبرُّعِ، فلَا تتَحَقَّقُ تهمةُ المَيْلِ.

ولأنَّ حالةَ مرضِ الموتِ حالةُ استغناءِ المُورثِ عنْ مالِه في حقِّ بعضِ التصرُّفاتِ، وذلكَ يَقْتَضِي ثبوتَ المِلْكِ مِنْ ذلكَ الوجهِ لورثتِه الذينَ همْ أقربُ الناسِ إليه، وفي إيثارِ البعضِ إبطالُ حقِّ الباقينَ، فلَا يَجُوزُ ذلكَ إلَّا بتصديقِهم؛ قياسًا على ما إذا تَبَرَّعَ لواحدٍ منهم، إلَّا أنّ هذا التعلُّقَ لَمْ يظْهرْ في حقِّ الأجنبيِّ، ولَمْ يَكُنْ محجورًا في الإقْرَارِ له؛ لأنَّهُ لَا يُتَّهَمُ بالميلِ عنِ التبرُّعِ إلى الإقْرَارِ؛ لأنَّ

= في «السنن الكبرى» [٦/٨٥]، والدارقطني في «سننه» [٤/١٥٢]، من طريق جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ، عَنْ أَبِيهِ به مرسلًا.
قال ابنُ حجر: «وفيه مع إرساله ضَعْف»، ينظر: «نصب الراية» للزيلعي [٤/١٤٥]، و«الدارية في تخريج أحاديث الهداية» لابن حجر [٢/١٨٠].

وَإِنْ أَقَرَّ لِأَجْنَبِيٍّ جَازَ إِقْرَارُهُ، وَإِنْ أَحَاطَ بِمَالِهِ؛ لِمَا بَيَّنَّا، ....

غاية البيان

تبرُّعَه للأجنبيِّ يَصِحُّ في الثلثِ.

[٢/٣٩٨ظ] ولأنَّه لوْ كانَ محجورًا عنِ الإِقْرَار للأجنبيِّ؛ لامتنَعَ الناسُ عنِ المعاملةِ معه في الصحةِ، ولضاقَ الأمرُ على الناسِ، ووقعُوا في الحَرَجِ، وهوَ مدفوعٌ شرعًا، وهذا المعنى لَا يُوجَدُ في حقِّ الورثةِ؛ لأَنَّهُ لَا يحْتَاجُ إلى المعاملةِ معهم عادةً.

والجوابُ عن الإِقْرَارِ بوارثٍ آخرَ [١٣/٥١و/د] **فنَقُولُ: إنَّما صحَّ الإِقْرَارُ بهِ؛** لأَنَّهُ إِقْرَارٌ بالنسبِ، فيَنْفُذُ ذلكَ؛ لأَنَّهُ مِنَ الحوائجِ الأَصْليةِ، ولأنَّه حمْلُ النَّسَبِ على نفسِه فصحَّ، وإذا ثبَتَ النَّسَبُ ثبَتَ المِيرَاثُ ضَرُورَةً.

وأمَّا الجوابُ عنْ مسألةِ «**الجامعِ**» ـ وهوَ أنَّ الإنسانَ إذا أودَع ابنَه، أو الابنُ أودَع أباه، ثُمَّ أَقَرَّ بالاستهلاكِ في مرضِ موتِه ـ: فإنَّما صحَّ ذلكَ وإنْ كانَ وقع إقرارًا بالدَّيْنِ للوَارِثِ؛ لأنَّ وَضْعَ المسألةِ فيما إذا كانَ الإيداعُ ثابتًا مُعَايَنَةً، أوْ بمَحْضَرٍ مِنَ الشهودِ، فيَكُونُ إقرارُه باستهلاكِ الوَدِيعَةِ إقرارًا باستهلاكِ وَدِيعَةٍ ثابتةٍ بالمعاينةِ، أوْ بِالبَيِّنَةِ، فلَا يَكُونُ الضَّمَانُ مضافًا إلى الإِقْرَارِ؛ بدليلِ أَنَّهُ لوْ ماتَ مُجْهِلًا، أوْ لَمْ يُقِرَّ أصلًا يَضْمَنُ.

أمَّا فيما نحنُ فيه: فالضمانُ لوْ ثبَتَ؛ كانَ مضافًا إلى الإِقْرَارِ، فلَمْ يَصِحَّ القياسُ، فأمَّا إذا صَدَّقَه بقيةُ الورثةِ، فإنَّما يَصِحُّ إقرارُه؛ لأنَّ المنعَ كانَ لحَقِّهم، فإذا صدَّقوه؛ فقد أسقطُوا حقَّهم، فجازَ الإِقْرَارُ، والبَاقِي يُعْلَمُ في «**طريقةِ الخلافِ**»[١] إنْ شاءَ اللهُ تعالى.

قولُه: (**وَإِنْ أَقَرَّ لِأَجْنَبِيٍّ جَازَ إِقْرَارُهُ، وَإِنْ أَحَاطَ بِمَالِهِ؛ لِمَا بَيَّنَّا**)، **إِشَارَةٌ** [٦/١٧٣ظ/م] إلى قولِه: (**لِأَنَّهُ لوِ انْحَجَرَ عَنِ الْإِقْرَارِ بِالْمَرَضِ؛ يَمْتَنِعُ النَّاسُ عَنِ**

(١) ينظر: «طريقة الخلاف» للعلاء السمرقندي [ص/٤١٢ ـ ٤١٤].

وَالْقِيَاسُ: أَلَّا يَجُوزَ إِلَّا فِي الثُّلُثِ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ قَصَرَ تَصَرُّفَهُ عَلَيْهِ. إِلَّا أَنَّا نَقُولُ: لَمَّا صَحَّ إِقْرَارُهُ فِي الثُّلُثِ كَانَ لَهُ التَّصَرُّفُ فِي ثُلُثِ الْبَاقِي؛ لِأَنَّهُ الثُّلُثُ بَعْدَ الدَّيْنِ، ثُمَّ وثُمَّ حَتَّىٰ يَأْتِي عَلَى الْكُلِّ.

غاية البيان

الْمُعَامَلَةِ مَعَهُ).

قولُه: (وَالْقِيَاسُ: أَنْ لَا يَجُوز إِلَّا فِي الثُّلُثِ)، وهوَ مذهبُ بعضِ الناسِ، كذا ذكرَ شيخُ الإسلامِ خُوَاهَر زَادَه في «مبسوطِهِ».

وَجْه القياس: ما بيَّنَّاه في أوَّلِ البابِ: أنَّ المريضَ لَا يَمْلِكُ ما [١٣/١٥١ظ/د] زادَ على الثلثِ؛ بدليلِ أنَّهُ لَا تنْفُذُ هِبتُه بهِ.

وَوَجْه الاستحسانِ: ما رُوِيَ عن ابن عُمَر رضي الله عنه أنَّهُ قالَ في المريضِ: «إِذَا أَقَرَّ بِدَيْنٍ لرَجُل غَيْر وَارِثٍ؛ فَإِنَّهُ جَائِزٌ، وَإِنْ أَحَاطَ ذَلِكَ بِمَالِهِ»[1]، ولأنَّه لَا تهمةَ فيه، بخلافِ إقرارِه لوارثٍ؛ فإنَّ فيهِ تهمةَ الإيثارِ، وقد مَرَّ بيانُه.

ثُمَّ اعلمْ: أنَّ الإِقْرَارَ للوَارِث لَمَّا كانَ باطلًا عندنا، فنَقُولُ: إذا أَقَرَّ لوارثِه بدَيْنٍ، فلَمْ يَمُتِ المريضُ حتَّىٰ صارَ الوَارِثُ غيرَ وَارِث؛ جازَ إقرارُه لهُ؛ لأنَّ الإِقْرَارَ يَنْفُذُ في حالةِ الموتِ؛ لأنَّها حالةُ التعلُّقِ، وهوَ غيرُ وَارِثٍ في هذه الحالةِ، وهذا كما إذا أَقَرَّ لأخيه، وليسَ لهُ ابنٌ، ثُمَّ حدَثَ لهُ ابنٌ، وبَقِيَ الولدُ إلىٰ أنْ ماتَ المُورِثُ.

وإنْ كانَ يومَ أَقَرَّ غيرُ وَارِثٍ، ثُمَّ صارَ وارثًا يومَ ماتَ؛ بَطَلَ إقرارُه؛ لأنَّهُ لوْ نَفَذَ نَفَذَ في حالةِ كونِه وارثًا، فيَصِيرُ إقرارًا للوَارِث، فلَا يَجُوزُ، وهذا إذا كانَ وارثًا بِقَرَابَةٍ، وإنْ صارَ وارِثًا بموالاةٍ، أوْ زوجيَّةٍ؛ لَمْ يَبْطُلْ إقرارُه؛ لأنَّ الاِسْتِحْقَاقَ غيرُ مضافٍ إلى القَرَابَةِ، بلْ إلى السَّبَبِ الحادِثِ، فلو بَطَلَ إقرارُه؛ بَطَلَ مِنْ غيرِ تهمةٍ.

(١) مضىٰ تخريجه.

. . . .

بخلافِ [ما][١] إذا صارَ وارِثًا بسببِ القَرَابَةِ؛ لأنَّ القَرَابَةَ كانَتْ قائمةً في تلكَ الحالةِ، إلَّا أنَّهُ امتنَعَ عمَلُها لمانعٍ، فإذا زالَ المانعُ عَمَلَ السَّبَبُ مِن ذلكَ الوقتِ، وهاهنا بخلافِه.

وإنْ كانَ يومَ أقَرَّ وارثُه بموالاةٍ، أو زوجيةٍ، ويومَ ماتَ وارثُه، وقدْ خرَجَ فيما بينَ ذلكَ مِنْ أنْ يَكُونَ وارثَه ببينونَةٍ أو فَسْخٍ للموالاةِ؛ فالإقرارُ بَاطِلٌ في قولِ أبي يوسفَ الأولِ، وهوَ جائزٌ في قولِه الأخيرِ [١٣/٥٢و/د]، وهوَ قولُ محمدٍ.

هُوَ يقولُ: العبرةُ لحالةِ الإقْرَارِ وحالةِ الموتِ؛ لأنَّ حالةَ الإقْرَارِ حالةُ انعقادِ السَّبَبِ، وحالةُ الموتِ حالةُ ثبوتِ الحُكْمِ، وفيما بينَ ذلكَ لَا عِبْرَةَ بهِ؛ لأنَّهُ لَا تعَلُّقَ [٢/٣٩٩و] للحُكْمِ بهِ.

ومحمدٌ يَقُولُ: بأنَّ الإقْرَارَ وُجِدَ في حالِ كونِه أجنبيًّا، والإقْرَارُ للأجنبيِّ صحيحٌ.

قولُه: حالَ نفاذِه هوَ وَارِثٌ.

قلْنا: نَعَم، ولكنْ بسببٍ جديدٍ، فلَا يَكُونُ الإِرْثُ مضافًا إلىٰ السَّبَبِ السابقِ؛ لأنَّ الثانيَ غيرُ الأولِ، وصارَ كما لوْ [٦/١٧٤و/م] أقَرَّ لأجنبيةٍ ثُمَّ تزَوَّجَها، أليس أنَّهُ لَا يَبْطُلُ إقرارُه؟ كذلكَ هاهنا.

وإنْ أقَرَّ لوارثٍ أوْ أجنبيٍّ، ثُمَّ ماتَ المُقَرُّ لَهُ، ثُمَّ ماتَ المريضُ ووارِثُ المُقَرِّ لَهُ مِنْ ورثةِ المريضِ، لَمْ يَجُزْ ذلكَ الإقرارُ في قولِ أبي يوسفَ الأولِ، وهوَ جائزٌ في قولِه الآخرِ، وهوَ قولُ محمدٍ.

هوَ يَقُولُ: هذه أقَرَّ للوارثِ في العاقبةِ، فلَا يَجُوزُ.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

قالَ: وَمَنْ أَقَرَّ لِأَجْنَبِيٍّ، ثُمَّ قالَ: هوَ ابْنِي؛ ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ، وَبَطَلَ إقْرارُهُ، فَإِنْ أَقَرَّ لِأَجْنَبِيَّةٍ، ثُمَّ تَزَوَّجَهَا؛ لَمْ يَبْطُلْ إقْرارُهُ لَهَا.

غاية البيان

ومحمدٌ يَقُولُ: إنَّما صارَ لهُ بسببٍ جديدٍ؛ لأَنَّهُ استفادَ بجهةِ الوارثةِ مِنَ الأجنبيِّ، لَا بسببِ إقرارِه، فصارَ كما لوِ استفادَه بسببِ الشراءِ منه، أليسَ أَنَّهُ يَجُوزُ؟ كذلكَ هاهنا. كذا في «**شرحِ الكافي**» للأَسْبِيجَابِيِّ.

قولُه: (**قالَ: وَمَنْ أَقَرَّ لِأَجْنَبِيٍّ، ثُمَّ قالَ: هوَ ابْنِي؛ ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ، وَبَطَلَ إقْرَارُهُ، فَإِنْ أَقَرَّ لِأَجْنَبِيَّةٍ، ثُمَّ تَزَوَّجَهَا؛ لَمْ يَبْطُلْ إقْرَارُهُ لَهَا**)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «**مختصرِه**»[(١)].

والفرْقُ: أنَّ النَّسَبَ إذا ثبَتَ ثبَتَ مُسْتنداً إلىٰ وَقْتِ العُلُوقِ، فتبَيَّنَ بثبوتِ النَّسَبِ [١٣/٥٢ظ/د] أنَّ إِقْرَارَ المريضِ وقَعَ لوارِثِه، وذلكَ بَاطِلٌ، بخلافِ الزوجِيّةِ، فإنَّها إذا ثبَتَتْ ثبَتَتْ مقتصرةً علىٰ زمانِ العَقْدِ؛ فلَا يَبْطُلُ الإِقْرَارُ؛ لأَنَّهُ لَمْ يقَعْ لوارثٍ.

وفي قولِ زُفَرَ: بَطَلَ الإِقْرَارُ لها بالدَّيْنِ بحدوثِ الزوجيَّةِ، كما تَبْطُلُ الهِبَةُ والوَصِيَّةُ، وجوابُه ما قلْنا، بخلافِ الهِبَةِ، فإنها تَبَرُّعٌ، وتبَرُّعُ المريضِ مضافٌ إلىٰ ما بعدَ الموتِ حُكْمًا، فيُعْتَبَرُ بالمضافِ إليهِ حقيقةً، وهوَ الوَصِيَّةُ، فتَبْطُلُ الوَصِيَّةُ بحدوثِ الزوجيَّةِ، فكذا الهِبَةُ؛ لأنها وارِثةٌ حالَ نفاذِ الوَصِيَّةِ.

قالَ في وصايا «الجامعِ الصغيرِ»: «ولوْ أنَّ المريضَ أَقَرَّ بدَيْنٍ لابنِه، وهوَ نَصْرَانِيٌّ، أوْ عبْدٌ، ثُمَّ أسلَمَ الابنُ، أو أُعتِقَ العبدُ، ثُمَّ ماتَ الرَّجُلُ؛ فالإقرارُ بَاطِلٌ»[(٢)]، لأنَّه حينَ أَقَرَّ كانَ سببُ التهمةِ بينهما قائمًا، وهوَ القَرَابَةُ التي صارَ بها وارثًا في ثاني الحالِ، وليسَ هذا كالذي أَقَرَّ لامرأةٍ، ثُمَّ تزوَّجها؛ لأنَّ سببَ التهمةِ

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٠٠].
(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥٢٥].

وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ دَعْوَةَ النَّسَبِ تَسْتَنِدُ إِلَىٰ وَقْتِ الْعُلُوقِ، فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ أَقَرَّ لِابْنِهِ فَلَا يَصِحُّ وَلَا كَذَلِكَ الزَّوْجِيَّةُ؛ لِأَنَّهَا تَقْتَصِرُ عَلَىٰ زَمَانِ التَّزَوُّجِ، فَبَقِيَ إِقْرَارُهُ لِأَجْنَبِيَّةٍ.

قَالَ: وَمَنْ طَلَّقَ زَوْجَتَهُ فِي مَرَضِهِ ثَلَاثًا بِأَمْرِهَا[1]، ثُمَّ أَقَرَّ لَهَا بِدَيْنٍ؛ فَلَهَا الْأَقَلُّ مِنَ الدَّيْنِ، وَمِنْ مِيرَاثِهَا مِنْهُ؛ لِأَنَّهُمَا مُتَّهَمَانِ فِيهِ؛ لِقِيَامِ الْعِدَّةِ، وَبَابُ

غاية البيان

لَمْ يَكُنْ قائمًا وَقْتَ الإِقْرَارِ، وذكرَ فخرُ الدِّينِ قاضي خان في «**شرحِ الجامعِ الصغيرِ**»[2] خلافَ زُفَرَ في الإِقْرَارِ لابنِه، وهوَ نَصْرَانِيٌّ، أوْ عبْدٌ، فقالَ: «إنَّ الإِقْرَارَ صحيحٌ عندَ زُفَرَ؛ لأنَّهُ وَقْتَ الإِقْرَارِ لَمْ يَكُنْ وارثًا».

قولُه: (**قَالَ: وَمَنْ طَلَّقَ زَوْجَتَهُ فِي مَرَضِهِ ثَلَاثًا، ثُمَّ أَقَرَّ لَهَا بِدَيْنٍ؛ فَلَهَا الْأَقَلُّ مِنَ الدَّيْنِ، وَمِنْ مِيرَاثِهَا مِنْهُ**)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «**مختصرِهِ**»[3]، وذلكَ لأنَّهما مُتَّهمانِ، فلعلَّهما تواطآ على ذلكَ [٦/١٧٤ظ/م] لينفتِحَ بابُ الإِقْرَارِ، ولا تهمةَ في الأقلِّ، هذا إذا كانَ موتُه قبْلَ انقضاءِ العِدَّةِ، فإنْ ماتَ بعْدَه [١٣/٥٣و/د]؛ جازَ إقرارُه.

فإذا أقَرَّ لها بدَيْنِ المهرِ: فقدْ قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ في «**شرحِ الكافي**»: «ولوْ أقَرَّ لامرأتِه بدَيْنٍ مِنْ مهرِها؛ صُدِّقَ فيما بيْنَه وبيْنَ مهرِ مِثْلِها، وتحَاصَّ[4] غُرَمَاءُ الصحةِ بِهِ؛ لأنَّهُ أقَرَّ بما يَمْلِكُ إنشاءَه، فانعدَمَتِ التهمةُ، ولوْ أقَرَّتِ المرأةُ في مرضِها بقَبْضِ المهرِ مِنْ زَوْجِها لَمْ تُصَدَّقْ؛ لأنَّها أقَرَّتْ بدَيْنٍ للزوجِ؛ لأنَّ القَبْضَ يُوجِبُ مِثْلَ المَقْبُوضِ في الذِّمَّةِ، ثُمَّ يلْتَقِيانِ قِصاصًا، والإِقْرَارُ بالدَّيْنِ للوَارِثِ لَا يَصِحُّ».

---

(١) فوقه بالأصل: «خـ».

(٢) ينظر: «شرح الجامع الصغير» لقاضيخان [ق/٣١٠].

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٠٠].

(٤) أي: تقاسَموا. كذا جاء في حاشية: «تح»، وقد أدرجه الناسخُ بالمتن في: «م».

الْإِقْرَارِ مَسْدُودٌ لِلْوَرَثَةِ، فَلَعَلَّهُ أَقْدَمَ عَلَىٰ هَذَا الطَّلَاقِ لِيَصِحَّ إِقْرَارُهُ لَهَا زِيَادَةً عَلَىٰ مِيرَاثِهَا، وَلَا تُهْمَةَ فِي أَقَلِّ الْأَمْرَيْنِ فَيَثْبُتُ.

غاية البيان

وقالَ في «**الفتاوىٰ الصغرىٰ**»: «المريضةُ إذا أقَرَّتْ بِاسْتِيفَاءِ مهرِها، فإنْ ماتتَ وهيَ مَنْكُوحَةٌ، أوْ مُعْتَدَّةٌ؛ لَا يَصِحُّ إقرارُها، وإنْ ماتتْ غير مَنْكُوحَةٍ، ولا مُعْتدةٍ، بأنْ طَلَّقَها قبْلَ الدخولِ؛ يَصِحُّ»[1]. ونقَلَه عن إِقْرَارِ «**الجامعِ**».

(١) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/٢٥٤].

فَصْلٌ

وَمَنْ أَقَرَّ بِغُلَامٍ يُولَدُ مِثْلُهُ لِمِثْلِهِ، وَلَيْسَ لهُ نَسَبٌ مَعْرُوفٌ أَنَّهُ ابْنُهُ، وَصَدَّقَهُ الْغُلَامُ؛ ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ وَإِنْ كَانَ [٨٨/و] مَرِيضًا؛ لِأَنَّ النَّسَبَ مِمَّا يَلْزَمُهُ خَاصَّةً،

غاية البيان

فَصْلٌ

[٣٩٩/٢ظ] ذكرَ الإقْرَارَ بالنسبِ بعدَ الإقْرَارِ بالمالِ؛ لأنَّ ذلكَ كثيرُ الوقوعِ، فصارَ تقديمُه أهَمَّ، وهذا قليلُ الوقوعِ، فكانَ أحقَّ بالتأخيرِ لِقِلَّتِه.

قولُه: (وَمَنْ أَقَرَّ بِغُلَامٍ يُولَدُ مِثْلُهُ لِمِثْلِهِ، وَلَيْسَ لهُ نَسَبٌ مَعْرُوفٌ أَنَّهُ ابْنُهُ، وَصَدَّقَهُ الْغُلَامُ؛ ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ وَإِنْ كانَ مَرِيضًا)، وهذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصرِهِ»، وتمامُه فيه: «ويُشارِكُ الورثةَ في المِيرَاثِ»[1]، وذلكَ لأنَّ إقْرَارَ الرَّجُلِ بالولدِ جائزٌ؛ لأنَّهُ ليسَ فيهِ حمْلُ النَّسَبِ على الغيرِ، بلْ هوَ يَلْزَمُه في نفسِه، فيُقْبَلُ إقرارُه فيه، وإنَّما اشْتُرِطَ أنْ يُولَدَ مِثْلُه لمِثْلِه [١٣/٥٣ظ/د]؛ لأنَّهُ إذا لَمْ يَكُنْ يُولَدُ مِثْلُه لمثلِه؛ يَكُونُ مُكَذَّبًا في إقرارِه في الظاهرِ، فلَا يَصِحُّ إقرارُه.

وإنَّما اشْتُرِطَ أن يَكُونَ الولدُ غيرَ معروفِ النَّسَبِ؛ لأنَّ معروفَ[2] النَّسَبِ لَا تَصِحُّ دعوىٰ نسبِه؛ لأنَّهُ إذا ثبَتَ مِنْ أحدٍ لَا يَقْبَلُ الفَسْخَ بعدَ ذلكَ.

وإنَّما اشْتُرِطَ تصديقُه؛ لأنَّ وَضْعَ المسألةِ فيما إذا كانَ المُقَرُّ لهُ بالنسبِ كبيرًا يُعَبِّرُ عنْ نفسِه، فإذا كانَ يُعَبِّرُ عنْ نفسِه، فلَا بُدَّ مِنْ تصديقِه؛ لأنَّهُ في يدِ نفسِه، بخلافِ ما إذا كانَ صغيرًا لَا يُعَبِّرُ عنْ نفسِه، فلَا يُشْتَرطُ تصديقُه؛ لأنَّهُ في يدِ غيرِه، فيُقْبَلُ الإِقْرَارُ بنسبِه مِنْ غيرِ تصديقٍ منه.

فإذا ثبَتَ الإِقْرَار مِنَ الصحيحِ بالنسبِ؛ صحَّ مِنَ المريضِ أيضًا؛ لأنَّ إقْرَارَ

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٠٠].

(٢) وقع بالأصل: «معرف» في الموضعَيْنِ. والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

فَيَصِحُّ إِقْرَارُهُ بِهِ، وَشَرْطٌ أَنْ يُولَدَ مِثْلُهُ لِمِثْلِهِ؛ كَيْلَا يَكُونَ مُكَذَّبًا فِي الظَّاهِرِ، وَشَرْطٌ أَلَّا يَكُونَ لَهُ نَسَبٌ مَعْرُوفٌ؛ لِأَنَّهُ يَمْنَعُ ثُبُوتَهُ مِنْ غَيْرِهِ، وَإِنَّمَا شَرْطٌ

غاية البيان

المريضِ إنَّما لَا يَصِحُّ فيما فيهِ التهمةُ لحقِّ الغُرَمَاءِ أوِ الورثةِ، ولا تهمة في دعوىٰ النَّسَبِ؛ لأَنَّهُ [٦/١٧٥و/م] لَا يَلْزَمُ مِنْ صحةِ النَّسَبِ الإِقْرَارُ بالمالِ؛ إذْ يَجُوزُ أنْ يَكُونَ ابنُه ولا يَرِثُ لمانعٍ مِنَ الْإِرْثِ، وإذا صحَّ إقرارُه بالنسبِ؛ صارَ كالابنِ المعروفِ، فشارَكَ الورثةَ في المِيرَاثِ.

والحاصلُ: أنَّ لصحةِ الإِقْرَارِ بنسبِ الولدِ يُشْتَرطُ ثلاثُ شرائطَ:

أحدُها: أنْ يَكُونَ بحيثُ يُولَدُ مِثْلُه لمِثْلِه.

والثاني: ألَّا يَكُونُ المُقَرُّ لهُ ثابتَ النَّسَبِ مِنَ الغيرِ.

والثالثُ: أنْ يُصَدِّقَ المُقَرُّ لهُ المُقِرَّ في إقرارِه إذا كانَ لهُ عبارةٌ صحيحةٌ، وإذا لَمْ يَكُنْ كذلكَ، فلَا يَصِحُّ إقرارُه.

وكذلكَ إذا أقَرَّ بالوالدَيْنِ يَصِحُّ بشَرْطِ أنْ يُولَدَ مِثْلُ المُقِرِّ مِنَ المُقَرِّ لَهُما، وبشَرْطِ ألَّا يَكُونَ للمُقِرِّ نسبٌ معروفٌ، وبشَرْطِ أنْ يُصَدِّقَه الأبُ والأُمُّ إذا كانا عاقلَيْنِ، وكذلكَ المرأةُ إذا أقَرَّتْ بالوالدَيْنِ يَصِحُّ بهذه الشروطِ. كذا ذكَرَ الإمامُ سِراجُ الدِّين في «**شرحِ فرائضه**».

قالَ شيخُ الإسلامِ أبو بكرٍ المعروفُ بخُوَاهَر زَادَه في «مبسوطِهِ» ـ في بابِ الإِقْرَارِ بالولدِ ـ: «وإذا أقَرَّ الرَّجُلُ بالولدِ فقالَ: هذا ابني، وهذه بنتي ـ لصبيٍّ في يدِه ـ فإنْ كانَ لَا يُعَبِّرُ عن نفسِه؛ فإنه يَثْبُتُ نسبُه منه؛ لأَنَّهُ لو [١٣/٥٤و/د] ادَّعَىٰ أَنَّهُ عبْدُه؛ صُدِّقَ مِنْ غيرِ تصديقِه، وأنَّه إِقْرَارٌ عليْهِ مِن كلِّ وَجْهٍ؛ لأَنَّهُ ادَّعَىٰ ما في يدِه، فإذا ادَّعَىٰ أنَّهُ ابنُه كانَ أَوْلَىٰ».

بخلافِ ما لوْ قالَ لرَجُلٍ: هذا أبي؛ فإنَّه لَا يَثْبُتُ النَّسَبُ إلَّا بتصديقِه؛ لأنَّ

تَصْدِيقُهُ؛ لِأَنَّهُ فِي يَدِ نَفْسِهِ إِذِ الْمَسْأَلَةُ فِي غُلَامٍ يُعَبِّرُ عَنْ نَفْسِهِ، **بِخِلَافِ الصَّغِيرِ عَلَىٰ مَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ، وَلَا يَمْتَنِعُ بِالْمَرَضِ**؛ لِأَنَّ النَّسَبَ مِنَ الْحَوَائِجِ الْأَصْلِيَّةِ، وَيُشَارِكُ الْوَرَثَةَ فِي الْمِيرَاثِ؛ لِأَنَّهُ لِمَا ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ صَارَ كَالْوَارِثِ الْمَعْرُوفِ **فَيُشَارِكُ وَرَثَتَهُ**.

قَالَ: وَيَجُوزُ إِقْرَارُ الرَّجُلِ بِالْوَالِدَيْنِ، وَالْوَلَدِ، وَالزَّوْجَةِ، وَالْمَوْلَىٰ؛ لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِمَا يَلْزَمُهُ، وَلَيْسَ فِيهِ تَحْمِيلُ النَّسَبِ عَلَى الْغَيْرِ.

غاية البيان

الأبَ ليسَ في يدِه، فكانَ بمنزلةِ الصَّبيِّ الذي يُعَبِّرُ عنْ نفسِه، ولو كانَ صبيًّا يُعَبِّرُ عنْ نفسِه يُشْتَرطُ تصديقُه لثباتِ النَّسَبِ، فكذلكَ هذا.

قولُه: (**بخلافِ الصَّغيرِ**)، أي: لَا يُشْتَرطُ تصديقُه إذا كانَ صغيرًا لَا يُعَبِّرُ عنْ نفسِه.

قولُه: (**عَلَىٰ مَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ**)، أي: في بابِ دعوى النَّسَبِ مِن كتابِ الدعوى عندَ قولِه: (**وَإِنْ كانَ الصَّبِيُّ فِي أَيْدِيهِمَا**)، فإنَّ المرادَ منهُ صغيرٌ لَا يُعَبِّرُ عنْ نفسِه.

قولُه: (**وَلَا يَمْتَنِعُ بِالْمَرَضِ**)، أي: لَا يمتَنِعُ الإِقْرَارُ بالنسبِ بسببِ المرضِ. يَعْنِي: أنَّهُ يَصِحُّ مِنَ المريضِ، كما يَصِحُّ منَ الصحيحِ.

قولُه: (**قالَ: وَيَجُوز إِقْرَارُ الرَّجُلِ بِالْوَالِدَيْنِ** [٢/٤٠٠و]**، وَالْوَلَدِ، وَالزَّوْجَةِ، وَالْمَوْلَىٰ**)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «**مختصرِه**»[1]، إنَّما أطلَقَ الْمَوْلَىٰ ليشْمَلَ الأعلىٰ والأسفل جميعًا.

ولهذا قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ في «شرحِ الكافي»: «ويَجُوزُ إِقْرَارُ الرَّجُلِ بالولدِ، والوالدِ، والزوجةِ [٦/١٧٥ظ/م]، والْمَوْلَىٰ، مِنْ فوقَ ومِن تحتَ

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٠٠].

وَيُقْبَلُ إِقْرَارُ الْمَرْأَةِ بِالْوَالِدَيْنِ وَالزَّوْجِ وَالْمَوْلَىٰ لِمَا بَيَّنَّا، وَلَا يُقْبَلُ بِالْوَلَدِ؛ لِأَنَّ فِيهِ تَحْمِيلُ النَّسَبِ عَلَى الْغَيْرِ وَهُوَ الزَّوْجُ؛ لِأَنَّ النَّسَبَ مِنْهُ إِلَّا أَنْ يُصْدِقَهَا الزَّوْجُ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُ أَوْ تَشْهَدَ بِوِلَادَتِهِ قَابِلَةٌ؛ لِأَنَّ قَوْلَ الْقَابِلَةِ فِي هَذَا مَقْبُولٌ،

غاية البيان

إذا صَدَّقَه الآخرُ؛ لأنَّ الحُكْمَ لَا يعْدُوهما، فيَكُونُ إقرارًا على أنفسِهما فيُقْبَلُ، ولا يَجُوزُ إقرارُه بغيرِ هؤلاءِ الأربعِ.

ويَجُوزُ إِقْرَارُ المرأةِ بالوالدِ والزوجِ والْمَوْلَىٰ، ولا يَجُوزُ بغيرِ هؤلاءِ الثلاثةِ؛ لِمَا ذَكَرْنا أنَّ إقرارَها في حقِّ هؤلاءِ إِقْرَارٌ [١٣/٥٤ظ/د] على نفسِها، وفيما عدَاه إِقْرَارٌ على الغيرِ، ولَا يَجُوزُ إِقْرَارُ المرأةِ بالولدِ وإنْ صَدَّقَها، ولكنَّهما يتوَارَثانِ إنْ لَمْ يَكُنْ لهما وَارِثٌ معروفٌ؛ لأَنَّهُ اعتبارُ إقرارِهما في حقِّهما، ولا يُقْضَىٰ بالنسبِ؛ لأَنَّهُ لَا يَثْبُتُ بدونِ الحُجَّةِ، وهوَ شَهَادَةُ القَابِلَةِ.

فإنْ شهِدَتْ لها امرأةٌ على ذلكَ وقدْ صَدَّقَها الولدُ؛ ثبَتَ نسبُه منها، وكذلكَ إنْ لَمْ تشْهَدْ لها امرأةٌ، وقد صَدَّقَها زوْجُها فيه؛ ثبَتَ النَّسَبُ منهما؛ لأنَّ النَّسَبَ يَثْبُت بتصادُقِهما؛ لأَنَّهُ لَا يتعدَّىٰ إلى غيرِهما. كذا في «**شرحِ الكافي**».

والأصلُ في هذا: أنَّ مَن أَقَرَّ بنسبٍ يَلْزَمه في نفسِه، ولا يحْمِله على غيرِه، فإقرارُه مقبولٌ، كما يُقْبَلُ إقرارُه على نفسِه بسائرِ الحُقُوقِ، ومَن أَقَرَّ بنسبٍ يحْمِله على غيرِه، فإنه لَا يُقْبَلُ إقرارُه، كما لَا يُقْبَلُ إقرارُه على غيرِه بسائرِ الحُقُوقِ.

وإِقْرَارُ الرَّجُلِ بمَنْ ذُكِر ليسَ فيهِ حَمْلُ النسبِ على غيرِه، فقُبِلَ، وكذلكَ المرأةِ إلَّا في الولدِ؛ لأنَّهُ إذا ثبَتَ نسبُه منها؛ كانَ فيهِ حَمْلُه على الزوجِ؛ لأَنَّهُ يَلْزَمُه بالفراشِ، فلَا يَثْبُتُ إلَّا بتصديقِه أوْ بشَهَادَةِ امرأةٍ بالولادةِ، فتَثْبُتُ الولادةُ بشهادتِهما، ويلْحَقُ النَّسَبُ بالفراشِ[1]. كذا في «**شرحِ الأقطع**».

(١) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٣٠٠].

وَقَدْ مَرَّ فِي الطَّلَاقِ، وَذَكَرْنَا فِي إِقْرَارِ الْمَرْأَةِ تَفْصِيلًا فِي كِتَابِ الدَّعْوَىٰ، وَلَا بُدَّ مِنْ تَصْدِيقِ هَؤُلَاءِ، وَيَصِحُّ التَّصْدِيقُ فِي النَّسَبِ بَعْدَ مَوْتِ الْمُقِرِّ؛ لأنَّ النَّسَبَ يَبْقَىٰ بَعْدَ الْمَوْتِ، وَكَذَا تَصْدِيقُ الزَّوْجَةِ؛ لِأَنَّ حُكْمَ النِّكَاحِ بَاقٍ، وَكَذَا

غاية البيان

قولُه: (وَقَدْ مَرَّ فِي الطَّلَاقِ)، أي: في بابِ ثبوتِ النَّسَبِ عندَ قولِه: (فَإِنْ جَحَدَ الْوِلَادَةَ يَثْبُتُ بِشَهَادَةِ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ تَشْهَدُ بِالْوِلَادَةِ، حَتَّىٰ لَوْ نَفَاهُ [١٣/٥٥و/د] الزَّوْجُ يُلَاعِنُ؛ لأنَّ النَّسَبَ يَثْبُتُ بِالْفِرَاشِ الْقَائِمِ).

قولُه: (وَذَكَرْنَا فِي إِقْرَارِ الْمَرْأَةِ تَفْصِيلًا فِي كِتَابِ الدَّعْوَىٰ)، أي: عندَ قولِه: (وَإِذَا ادَّعَتِ امْرَأَةٌ صَبِيًّا أَنَّهُ ابْنُهَا؛ لَمْ تَجُزْ دَعْوَاهَا حَتَّىٰ تَشْهَدَ امْرَأَةٌ عَلَىٰ الْوِلَادَةِ)، حيثُ قالَ: (وَمَعْنَىٰ الْمَسْأَلَةِ: أَنْ تَكُونَ الْمَرْأَةُ ذَاتَ زَوْجٍ).

يَعْنِي: أنَّ دعوىٰ المرأةِ الصَّبِيَّ ـ وهو إقرارُها به ـ إنَّما لَا يَصِحُّ إذا كانَتْ ذاتَ زوجٍ، وإنْ لَمْ تَكُنْ مَنْكُوحَةً، ولا معتدةً، قالوا: يَثْبُتُ النَّسَبُ منها بقولِها؛ لأنَّ فيها إلزامًا علىٰ نَفْسِها دونَ غيرِها، فإنْ كانَ لها زوْجٌ وصَدَّقها؛ يَثْبُتُ النَّسَبُ منهما بدونِ شَهَادَةِ القَابِلَةِ؛ لأنَّهُ التزمَ نسبَه، فلَا حاجةَ إلىٰ الحُجَّةِ [٦/١٧٦و/م]، وبَاقِي البيانِ مَرَّ تقريرُه في شَرْحِنا هذا في بابِ دعوىٰ النَّسَبِ.

قولُه: (وَيَصِحُّ التَّصْدِيقُ فِي النَّسَبِ بَعْدَ مَوْتِ الْمُقِرِّ؛ لأنَّ النَّسَبَ يَبْقَىٰ بَعْدَ الْمَوْتِ)، ذكَره تفريعًا علىٰ مسألة القُدُورِيِّ.

يَعْنِي: أنَّ المُقَرَّ لهُ بالنسبِ إذا كانَ يُعَبِّرُ عن نفسِه؛ فلَا بُدَّ مِنْ تصديقِه؛ لأنَّهُ في يدِ نفسِه، فإذا صدّقَ في حالِ حياةِ المُقِرِّ صحَّ، فكذا إذا صدّقَ بعدَ موتِه؛ لبقاءِ النَّسَبِ بعدَ الموتِ.

قولُه: (وَكَذَا تَصْدِيقُ الزَّوْجَةِ)، أي: يَصِحُّ تصديقُ الزوجةِ زوْجَها في إقرارِه بالنِّكَاحِ بعدَ موتِه؛ لبقاءِ حُكْمِ النِّكَاحِ بعدَ الموتِ، وهوَ العِدَّةُ، وهذا بالاتفاقِ، أَمَّا

تَصْدِيقُ الزَّوْجِ بَعْدَ مَوْتِهَا ؛ لِأَنَّ الْإِرْثَ مِنْ أَحْكَامِهِ. وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ انْقَطَعَ بِالْمَوْتِ ؛ وَلِهَذَا لَا يَحِلُّ لَهُ غَسْلُهَا عِنْدَنَا ، **وَلَا يَصِحُّ التَّصْدِيقُ عَلَىٰ اعْتِبَارِ الْإِرْثِ** ؛ لِأَنَّهُ مَعْدُومٌ حَالَةَ الْإِقْرَارِ ، وَإِنَّمَا ثَبَتَ بَعْدَ الْمَوْتِ ، وَالتَّصْدِيقُ يَسْتَنِدُ إِلَىٰ أَوَّلِ الْإِقْرَارِ.

غاية البيان

إذا أَقَرَّتِ المرأةُ [١٣/٥٥ظ/د] بِالنِّكَاحِ ثُمَّ ماتَتْ ، فصَدَّقَها الزوجُ بعدَ موتِها ؛ لَمْ يعمَلْ تصديقُه عندَ أبي حَنِيفَةَ خلافًا لهما [٢/٤٠٠ظ] ؛ لأنَّ الإِقْرَارَ لَا يَبْطُلُ بالموتِ ، فلَحِقَه التصديقُ ، كالزوجِ إذا أَقَرَّ ثُمَّ ماتَ ، فصَدَّقَتْه المرأةُ بعدَ موتِه.

ولأبي حَنِيفَةَ: أنَّ النِّكَاحَ يَثْبُتُ لهُ عليها بمالٍ لها عليه ، فإذا ماتَتْ المرأةُ بطَلَ المحلُّ ، فلَا يَبْقَىٰ الإِقْرَارُ بعدَ فواتِ المحلِّ ، كما إذا أَقَرَّ بعبْدٍ لإنسانٍ ثُمَّ ماتَ العبدُ ؛ بطَلَ الإِقْرَارُ.

فأَمَّا في جانبِه: فمحلُّ النِّكَاحِ هوَ المرأةُ ، وهي قائمةٌ ، وأمْكَنَ القولُ ببقاءِ النِّكَاحِ ، ألا ترىٰ أَنَّهُ يَحِلُّ لها أنْ تُغَسِّلَهُ ، ولا يَحِلُّ لهُ أنْ يُغَسِّلَها بعدَ موتِها. كذا في «**إشاراتِ الأسرارِ**».

قولُه: (**وَلَا يَصِحُّ التَّصْدِيقُ عَلَىٰ اعْتِبَارِ الْإِرْثِ**) ، هذا جوابُ سُؤَالٍ مُقَدَّرٍ يَرِدُ علىٰ قولِ أبي حَنِيفَةَ بأنْ يقالَ: إنْ سَلَّمْنا أنَّ تصديقَ الزوجِ في إِقْرَارِ الزوجةِ بعدَ موتِها لَا يَصِحُّ نظرًا إلىٰ انقطاعِ حُكْمِ النِّكَاحِ ؛ بدليلِ أنَّ الزوجَ لَا يَحِلُّ لهُ أنْ يُغَسِّلَ زوجتَه بعدَ موتِها باتفاقِ أصحابِنا خلافًا لِلشَّافِعِيِّ[1] ، ولكنْ لِمَ لَا يَجُوزُ تصديقُ الزوجِ إيّاها بعدَ موتِها نظرًا إلىٰ الْإِرْثِ ، وهوَ أيضًا مِنْ آثارِ النِّكَاحِ ؟

فقالَ: التصديقُ إذا ثَبَتَ يسْتَنِدُ إلىٰ أولِ الإِقْرَارِ ، وفي تلكَ الحالةِ لَا يُوجَدُ الْإِرْثُ ؛ لأنَّهُ يتحَقَّقُ بعدَ الموتِ ، فلَا يُمْكِنُ اعتبارُ التصديقِ نظرًا إلىٰ الْإِرْث أيضًا.

(١) ينظر: «الأم» للشافعي [٢/٦٢٠] ، و«الحاوي الكبير» للماوردي [٣/١٧].

قالَ: وَمَنْ أَقَرَّ بِنَسَبٍ مِنْ غَيْرِ الْوَالِدَيْنِ، نَحْوَ الْأَخِ وَالْعَمِّ؛ لَا يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ فِي النَّسَبِ؛ لِأَنَّ فِيهِ حَمْلَ النَّسَبِ عَلَىٰ الْغَيْرِ.

فَإِنْ كَانَ لَهُ وَارِثٌ مَعْرُوفٌ قَرِيبٌ أَوْ بَعِيدٌ فَهُوَ أَوْلَىٰ بِالْمِيرَاثِ مِنَ الْمُقَرِّ لَهُ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ مِنْهُ لَا يُزَاحِمُ الْوَارِثَ الْمَعْرُوفَ.

غاية البيان

قولُه: (قالَ: وَمَنْ أَقَرَّ بِنَسَبٍ مِنْ غَيْرِ الْوَالِدَيْنِ، نَحْوَ الْأَخِ وَالْعَمِّ؛ لَا يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ فِي النَّسَبِ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصرِه»(١).

اعلمْ: أنَّ النَّسَبَ لَا يَثْبُتُ في غيرِ الوالدَيْنِ، وإنْ صَدَّقَ المُقَرُّ لهُ بالنسبِ؛ لأنَّ فيهِ حَمْلَ النَّسَبِ [١٣/٥٦و/د] علىٰ الغيرِ؛ لأنَّ الأخَ لَا يَكُونُ أخًا إلَّا إذا ثَبَتَ نسبُه مِنَ الأبِ، وكذلكَ العمُّ لَا يَكُونُ عمًّا إلَّا إذا ثَبَتَ نسبُه مِنَ الجَدِّ، وليسَ للمُقِرِّ أنْ يحْمِلَ النَّسَبَ علىٰ الغيرِ، فلَمْ يَصِحَّ إقرارُه بالأخِ والعمِّ ونحوِ ذلكَ.

ثُمَّ لَمَّا لَمْ يَثْبُتِ النَّسَبُ مِنَ المُقِرِّ، يُنْظَرُ: هلْ [٦/١٧٦ظ/م] للمُقِرِّ وَارِثٌ آخرُ غيرُ المُقَرِّ لهُ بالنسبِ أمْ لا؟ سواءٌ كانَ ذلكَ الوَارِثُ قريبًا، كصاحبِ الفَرْضِ، أو العَصَبةِ، أو بعيدًا كذِي رَحِمٍ، فإنْ كانَ لهُ وَارِثٌ معروفٌ؛ فهو أَوْلَىٰ بالميراثِ؛ لأنَّ المُقَرَّ لهُ بالنسبِ لَمَّا لَمْ يَصِحَّ نسبُه؛ لَمْ يَصْلُحْ مزاحمًا للوَارِثِ المعروفِ.

وإنْ لَمْ يَكُنْ لهُ وَارِثٌ؛ كانَ المِيرَاثُ للمُقِرِّ لهُ بالنسبِ؛ لأنَّ إِقْرَارَ المُقِرِّ تَضَمَّنَ شَيْئَيْنِ: النَّسَبَ، واسْتِحْقَاقَ مالِ المُقِرِّ بعْدَه، ولَمْ يَثْبُتِ النَّسَبُ؛ لكونِه إقرارًا علىٰ الغيرِ، وثَبَتَ الإِرْثُ؛ لكونِه إقرارًا علىٰ نفسِه، وهوَ غيرُ مُتَّهمٍ فيه، وهذا لأنَّه لَمَّا لَمْ يَكُنْ لهُ وَارِثٌ؛ كانَ لهُ أنْ يتصرَّفَ في مالِه بما شاءَ.

أَلَا ترىٰ أنَّ لهُ أنْ يُوصِيَ بجميعِ مالِه، فإذا أقَرَّ بمَنْ لَا يَثْبُتُ نسبُه؛ صارَ كأنَّه أَقَرَّ بأنَّه جهةٌ لصَرْفِ مالِه، فكأنَّه أوصىٰ لهُ بهِ، وليسَ هذا بوصيةٍ في الحقيقةِ؛

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٠٠].

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ اسْتَحَقَّ الْمُقَرُّ لَهُ مِيرَاثَهُ؛ لِأَنَّ لَهُ وِلَايَةَ التَّصَرُّفِ فِي مَالِ نَفْسِهِ عِنْدَ عَدَمِ الْوَارِثِ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّ لَهُ أَنْ يُوصِيَ لِآخَرَ بِجَمِيعِهِ [٨٨/ظ] **فَيَسْتَحِقَّ جَمِيعَ الْمَالِ، وَإِنْ لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ مِنْهُ لِمَا فِيهِ مِنْ حَمْلِ النَّسَبِ عَلَىٰ الْغَيْرِ، وَلَيْسَتْ هَذِهِ وَصِيَّةً حَقِيقَةً حَتَّىٰ أَنَّ مَنْ أَقَرَّ بِأَخٍ ثُمَّ أَوْصَىٰ لِآخَرَ بِجَمِيعِ مَالِهِ كَانَ لِلْمُوصَىٰ لَهُ ثُلُثُ جَمِيعِ الْمَالِ خَاصَّةً، وَلَوْ كَانَ الْأَوَّلُ وَصِيَّةً لَاشْتَرَكَا نِصْفَيْنِ، لَكِنَّهُ بِمَنْزِلَتِهِ، حَتَّىٰ لَوْ أَقَرَّ فِي مَرَضِهِ بِأَخٍ وَصَدَّقَهُ الْمُقَرُّ لَهُ، ثُمَّ أَنْكَرَ الْمُقِرُّ وِرَاثَتَهُ ثُمَّ أَوْصَىٰ بِمَالِهِ كُلِّهِ لِإِنْسَانٍ؛ كَانَ مَالُهُ لِلْمُوصَىٰ لَهُ؛ وَلَوْ لَمْ يُوصِ لِأَحَدٍ كَانَ لِبَيْتِ الْمَالِ، لِأَنَّ رُجُوعَهُ صَحِيحٌ؛ لِأَنَّ النَّسَبَ لَمْ يَثْبُتْ فَبَطَلَ الْإِقْرَارُ.**

غاية البيان

بدليلِ أنَّهم قالوا فيمَنْ أقَرَّ بأخٍ ولا وَارِثَ له، ثُمَّ أوصىٰ لرَجُلٍ بجميعِ مالِه: أنَّ لِلْمُوصَىٰ لهُ الثلثَ، والبَاقِي للأخِ، ولوْ كانَ الأخُ يسْتَحقُّ الوَصِيَّةَ؛ وَجَبَ قِسْمَةُ الثلثِ بينهما، فظهَرَ بهذا أنَّهم جعلُوه [١٣/٥٦ظ/د] في حُكْمِ المُوصَىٰ له، بمعنىٰ أنَّهُ يسْتَحقُّ المالَ بقولِ المريضِ، وليسَ هناك نسَبٌ ثابتٌ يسْتَنِدُ الاسْتِحْقَاقُ إليه.

قولُه: (لَكِنَّهُ بِمَنْزِلَتِهِ)، استدراكٌ مِن قولِه: **(وَلَيْسَتْ هَذِهِ وَصِيَّةً حَقِيقَةً)**، أي: لكنِ الإِقْرَارُ بنسبِ الأخِ والعمِّ بمنزلةِ الإيصاءِ لهُ بالمالِ؛ ولهذا لوْ أقَرَّ في مرضِه بهِ، وصَدَّقَه المُقَرُّ لَهُ، ثُمَّ أنكرَ المُقِرُّ النَّسَبَ، ثُمَّ أوصَىٰ لآخرَ بجميعِ مالِه؛ كانَ المالُ لِلْمُوصَىٰ لهُ بالجميعِ، ولو لَمْ يُوصِ لأحدٍ كانَ المالُ لبيتِ المالِ؛ لأنَّ رجوعَه لَمَّا صحَّ بطَلَ الإِقْرَارُ أصلًا.

ويَنْبَغِي لكَ أنْ تعْرِفَ: أنَّ الرُّجُوعَ عنِ الإِقْرَارِ بالنَّسبِ إنَّما يَصِحُّ إذا كانَ الرُّجُوعُ قبلَ ثبوتِ النَّسَبِ كما نحنُ فيه؛ لأنَّ النَّسَبَ لَمْ يَثْبُتْ [٢/٤٠١و]؛ لكونِه تحميلًا علىٰ الغيرِ، وليسَ لهُ ذلكَ.

قالَ: وَمَنْ مَاتَ أَبُوهُ، فَأَقَرَّ بِأَخٍ؛ لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُ أَخِيهِ لِمَا بَيَّنَّا **وَيُشَارِكُهُ فِي الْإِرْثِ**؛ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ تَضَمَّنَ شَيْئَيْنِ: حَمْلُ النَّسَبِ عَلَى الْغَيْرِ؛ وَلَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَيْهِ، وَالِاشْرَاكُ فِي الْمَالِ، وَلَهُ فِيهِ وِلَايَةٌ؛ فَيَثْبُتُ كَالْمُشْتَرِي إِذَا أَقَرَّ عَلَى الْبَائِعِ بِالْعِتْقِ لَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ حَتَّى لَا يَرْجِعَ عَلَيْهِ بِالثَّمَنِ، وَلَكِنَّهُ يُقْبَلُ فِي حَقِّ الْعِتْقِ.

قالَ: وَمَنْ مَاتَ وَتَرَكَ ابْنَيْنِ، وَلَهُ عَلَى آخَرَ مِئَةُ دِرْهَمٍ، فَأَقَرَّ أَحَدُهُمَا أَنَّ أَبَاهُ قَبَضَ خَمْسِينَ مِنْهَا؛ فَلَا شَيْءَ لِلْمُقِرِّ، وَلِلْآخَرِ خَمْسُونَ؛ لِأَنَّ هَذَا إِقْرَارٌ

غاية البيان

أَمَّا إذا ثَبَتَ النَّسَبُ: فلَا يَصِحُّ الرُّجُوعُ بعدَ ذلكَ؛ لأنَّ النَّسَبَ **لَا يَحْتَمِلُ** النقْضَ بعدَ ثبوتِه؛ ولهذا بَيَّنَّا في آخرِ كتابِ الدَّعْوىٰ في قولِه: (**وَإِذَا كانَ الصَّبِيُّ في يدِ رَجُلٍ، قالَ: هوَ ابْنُ عَبْدِي الْغَائِبِ، ثُمَّ قالَ: هوَ ابْنِي؛ لَمْ يَكُنِ ابْنَهُ أَبدًا**)؛ **لأنَّ** النَّسَبَ إذا ثَبَتَ لَا يَنْتَقِضُ بالجحودِ والتكذيبِ.

قولُه: (قالَ: وَمَنْ مَاتَ أَبُوهُ، فَأَقَرَّ بِأَخٍ؛ لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُ أَخِيهِ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «**مختصرِه**»، وتمامُه فيه: «**ويُشارِكُه في الإِرْثِ**»[1]، وإنما لَمْ يَثْبُتِ النَّسَبُ؛ لأنَّهُ حَمْلُ النَّسَبِ على الغيرِ، وهوَ معنىٰ قولِه: (**لِمَا بَيَّنَّا**)، **وإنَّما شارَكَه** في [١٣/٥٧و/د] **الْإِرْثِ**؛ لأنَّهُ إِقْرارٌ علىٰ نفسِه، فثَبَتَ **ذلكَ** [٦/١٧٧و/م] **لثبوتِ ولايتِه** علىٰ نفسِه، ولَمْ يَثْبُتِ النَّسَبُ لعدمِ ولايتِه علىٰ الغيرِ، **ومِثْلُ هذا ليسَ بمُمْتَنِعٍ**، كَالْمُشْتَرِي إذا أَقَرَّ أنَّ البَائِعَ كانَ أعتقَ العبدَ المَبِيعَ؛ **يُقْبَلُ إقرارُه في العِتْقِ، ولَمْ يُقْبَلْ** في الرُّجُوعِ بالثَّمَنِ.

قولُه: (قالَ: وَمَنْ مَاتَ وَتَرَكَ ابْنَيْنِ، وَلَهُ عَلَى آخَرَ مِئَةُ دِرْهَمٍ، فَأَقَرَّ أَحَدُهُمَا أَنَّ أَبَاهُ قَبَضَ خَمْسِينَ مِنْهَا؛ فَلَا شَيْءَ لِلْمُقِرِّ، وَلِلْآخَرِ خَمْسُونَ)، أي: قالَ في «**الجامعِ الصغيرِ**» وهذه مِنَ الخواصِّ.

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/١٠٠].

بِالدَّيْنِ عَلَىٰ الْمَيِّتِ ؛ لِأَنَّ الِاسْتِيفَاءَ إِنَّمَا يَكُونُ بِقَبْضٍ مَضْمُونٍ ، فَإِذَا كَذَّبَهُ أَخُوهُ **اسْتَغْرَقَ الدَّيْنُ نَصِيبَهُ ، كَمَا هوَ الْمَذْهَبُ عِنْدَنَا** ، ....

غاية البيان

وصورتُها فيه: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ رحمه الله: في رَجُلٍ ماتَ وترَكَ مئةَ درهمٍ دَيْنًا لهُ علىٰ رَجُلٍ ، وترَكَ ابنيْنِ ، فأقرَّ أحدُهما أنَّ أباه كانَ اقتضىٰ منه خمسينَ درهمًا ، قالَ: لَا شيءَ لهذا ، وللآخرِ خمسونَ درهمًا»[1] ، وذلكَ لأنَّ المئةَ صارتْ ميراثًا بينهما ، فلَمَّا أقَرَّ أحدُهما باقتضاءِ أبيه ؛ صحَّ ذلكَ في نصيبِه خاصةً ، لَا في نصيبِ أخيه ، فبَقِيَتْ حِصَّةُ الآخرِ كما كانتْ ، فيُجْعَلُ كأنَّ المُقِرَّ استوفىٰ نصيبَه .

ولأنَّ الِاسْتِيفَاءَ إنَّما يَكُونُ بقَبْضٍ مَضْمُون ؛ لأنَّ الدُّيُونَ تُقْضَىٰ بأمثالِها ، فيَجِبُ للمطلوبِ علىٰ الطالبِ بقَبْضِ الطالبِ مِثْل ما وَجَبَ للطالبِ علىٰ المطلوبِ ، فيلتقيانِ قصاصًا ، فيَسْقُطُ ما علىٰ المطلوبِ ، فإذا كذَّبَه أخوه في الإِقْرَارِ: لَمْ يَنْفُذْ الإِقْرَارُ علىٰ المُنْكِرِ ، فنفَذَ في حقِّ المُقِرِّ خاصةً [١٣/٥٧ظ/د] ، فيَسْقُطُ نصيبُ المُقِرِّ .

وأَوْرَدَ الفقيهُ أبو الليثِ السَّمَرْقَنْدِيُّ رحمه الله في «**شرحِ الجامعِ الصغيرِ**» سؤالًا وجوابًا فقالَ:

«**فإنْ قيل**: يَزْعُمُ هذا المُقِرُّ أنَّ أباه قدْ قبَضَ الخمسينَ ، والخمسونَ الباقيةُ بينهما نصفانِ ، فلَمْ يَبْطُلْ حقُّه في الكلِّ .

قيلَ لهُ: لوْ أخَذَ مِنْ تلكَ الخمسينَ شيئًا ؛ أَدَّىٰ ذلك إلىٰ الدَّوْرِ والتناقُضِ ؛ لأنَّهُ لوْ أخذَ منه كانَ للابنِ الآخرِ أنْ يَأْخُذَ مِنَ المطلوبِ تمامَ الخمسينَ ؛ لأنَّ الابنَ المُنْكِرَ يَقُولُ: لَمْ يَأْخُذْ أبي مِنَ الدَّيْنِ شيئًا ، ولي تمامُ خمسينَ ، فلهُ أنْ يَرْجِعَ علىٰ الغَرِيمِ بتمامِ الخمسينَ ، ثُمَّ للغَرِيمِ أنْ يَرْجِعَ علىٰ الابنِ المُقِرِّ بما أخَذَه مِن أخيه ، وإذا كانَ يُؤدِّي إلىٰ هذا ؛ ليسَ لهُ أنْ يُشارِكَه فيما قبَضَ المُنْكِرُ مِنَ الخمسينَ .

قولُه: (**اسْتَغْرَقَ الدَّيْنُ نَصِيبَهُ ، كَمَا هوَ الْمَذْهَبُ عِنْدَنَا**) ، احترازٌ عنْ قولِ ابن

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤١٧] .

غَايَةُ الْأَمْرِ: أَنَّهُمَا تَصَادَقَا عَلَىٰ كَوْنِ الْمَقْبُوضِ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا، لَكِنَّ الْمُقِرَّ لَوْ رَجَعَ عَلَىٰ الْقَابِضِ بِشَيْءٍ يَرْجِعُ الْقَابِضُ عَلَىٰ الْغَرِيمِ وَرَجَعَ الْغَرِيمُ عَلَىٰ الْمُقِرِّ، فَيُؤَدِّي إِلَىٰ الدَّوْرِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

غاية البيان

أبي ليْلَىٰ، فإنَّ عندَه: هلاكُ الدَّيْنِ بسببِ الإِقْرَارِ يَشِيعُ في النصِيبَيْنِ[1].

قولُه: (غَايَةُ الْأَمْرِ: أَنَّهُمَا تَصَادَقَا عَلَىٰ كَوْنِ الْمَقْبُوضِ مُشْتَرَكًا)، أرادَ بالمقبوضِ: الخمسينَ البَاقِي بعدَ الإِقْرَارِ، وهذا جوابُ سؤالٍ قدِ اندرَجَ بيانُ ذلكَ فيما ذَكَرْنا.

قالَ محمدُ بنُ محمودٍ الأُسْتَرُوشَنِيُّ في الفصلِ الخامسِ مِنْ «فصولِه»: «فإنِ ادَّعَىٰ الدَّيْنَ علىٰ الميتِ [٦/١٧٧ظ/م]، وبعضُ الورثةِ حاضرٌ، وبعضُهم غائبٌ، أوْ فيهم صغيرٌ؛ فلَا يَخْلُو: إمَّا [١٣/٥٨و/د] إنْ أَقَرَّ [٢/٤٠١ظ] الحاضرُ بالدَّيْنِ أوْ أنكرَ، فإنْ كانَ في الورثةِ صغارٌ، وأَقَرَّ الكبارُ بالدَّيْنِ علىٰ الأبِ؛ يحتاجُ الغَرِيمُ إلىٰ إقامةِ البَيِّنَةِ ليثْبتَ دَيْنَه في حقِّ الصغارِ؛ لأنَّ إقرارَهم لَا يعْمَلُ في حقِّ الصغارِ».

ثُمَّ قالَ: «وذَكَرَ شمسُ الأئمةِ الحَلْوَانِيُّ في بابِ إثباتِ الدَّيْنِ علىٰ الميتِ مِنْ «أدبِ القاضي»: أنَّ أحدَ الورثةِ إذا أَقَرَّ بالدَّيْنِ؛ يَلْزَمُه ذلكَ حتىٰ يسْتَغْرِقَ جميعَ حِصَّتِه، وهذا قولُ علمائِنا، وعندَ مَنْ خالَفنا: لَا يَلْزَمُه».

ثُمَّ قالَ: «وذَكَرَ في «النوازلِ»: إذا ادَّعَىٰ رَجُلٌ دَيْنًا علىٰ ميتٍ، وأَقَرَّ بعضُ الورثةِ بذلكَ، ففي قولِ أصحابِنا: يُؤْخَذُ مِنْ حِصَّةِ المُصَدِّقِ جميعُ الدَّيْنِ».

قالَ الفقيهُ أبو الليثِ: هوَ القياسُ، لكنِ الاختيارُ عندي: أنْ يُؤْخَذَ منه ما يخصُّه مِنَ الدَّيْنِ، وهوَ قولُ الشَّعْبِيِّ، والحسنِ البَصْرِيِّ، وابنِ أبي ليْلَىٰ، وسُفْيَانَ الثَّوْرِيِّ، ومالكِ بنِ أنسٍ[2]، ....

(١) وقع بالأصل: «في نصيبين». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».
(٢) ينظر: «الفصول» الأُسْتَرُوشَنِيُّ [ق/٢٦] بدون قوله: ومالك بن أنس. =

....

والشَّافِعِيِّ[1] وغيرِهم ممنْ[2] تابَعَهم، وهذا القولُ أبْعَدُ مِنَ الضَّرَرِ».

ثُمَّ قالَ في «الفصولِ»: «وذَكَرَ شمسُ الأئمةِ هذا، قالَ مشايخُنا: وهاهنا زيادةُ شيءٍ لَمْ يُشْتَرطْ في الكتبِ: وهيَ أنْ يَقْضِيَ القاضي بإقرارِه عليه؛ لأنَّ بمجردِ إقرارِه لَا يَحُلُّ الدَّيْنُ في نصيبِه، وإنما يُحِلُّه قَضَاءُ القاضي».

ثُمَّ قالَ فيه: «وذَكَرَ في هذا البابِ أيضًا: إذا أقَرَّ الوَارِثُ بالدَّيْنِ، فأرادَ الطالبُ أنْ يُقِيمَ البَيِّنَةَ علىٰ حقِّه، ليَكُونَ حقُّه في جميعِ مالِ الميتِ؛ فإنَّه تُسْمَعُ بَيِّنَتُه؛ لأنَّه إذا أقامَ البَيِّنَةَ يَسْتَوْفِي نصيبَه مِنْ كلِّ التَّرِكَةِ، وتَصِيرُ التَّرِكَةُ كلُّها مشغولةً بدَيْنِه.

[١٣/٥٨ظ/د] **ثُمَّ قالَ**: «وذَكَرَ فيهِ أيضًا إذا ادَّعَىٰ علىٰ الميتِ دَيْنًا، والورثةُ الكبارُ غُيَّبٌ، والصغيرُ حاضرٌ؛ يَنْصبُ القاضي عنِ الصغيرِ وَكِيلًا، ويدَّعِي عليه، وإذا قُضِيَ علىٰ الوَكِيلِ يَكُونُ قَضَاءً علىٰ جميعِ الورثةِ، غير أنَّ الغَرِيمَ يَسْتَوْفِي دَيْنَه مِنْ نصيبِ الحاضرِ إذا لَمْ يَقْدِرْ علىٰ نصيبِ الكبارِ، فإذا أخَذَ الكبارُ يَرْجِعُ في ذلكَ عليهم؛ لأنَّ الدَّيْنَ مُقَدَّمٌ علىٰ المِيرَاثِ. هكذا ذكَرَ شمسُ الأئمةِ الحَلْوَانِيُّ.

وهذه المسألةُ دليلٌ علىٰ أنَّ الدَّيْنَ إذا ثَبَتَ علىٰ واحدٍ مِن الورثةِ بِالبَيِّنَةِ؛ يُسْتَوْفَىٰ جميعُ الدَّيْنِ ممَّا في يدِه، لَا ما يخصُّه»[3]. كذا في **«الفصولِ»**.

[واللهُ أعلمُ][4].

= وينظر: «منح الجليل» لعُلَيْش [٥٦٣/٨]. و«حاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير» [٢٢٩/٤]. و«شرح مختصر خليل» للخرشي [٢٣٨/٧].

(١) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٢١٥/١٧]. و«روضة الطالبين» للنووي [٣٩/١٢]، و«النجم الوهاج في شرح المنهاج» للدَّميري [٤٢٠/١٠].

(٢) وقع بالأصل: «ومن». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، وهو الموافق لما في «الفصول» الأُسْتَرُوشَنِيُّ [ق/٢٦].

(٣) ينظر: «الفصول» الأُسْتَرُوشَنِيُّ [ق/٢٥ ـ ٢٦]، مخطوط مكتبة راغب باشا.

(٤) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «غ».

كِتَابُ الصُّلْحِ

قالَ: الصُّلْحُ عَلَىٰ ثَلَاثَةِ أَضْرُبٍ: صُلْحٌ مَعَ إقْرَارٍ، وَصُلْحٌ مَعَ سُكُوتٍ، وهوَ إلَّا يُقِرَّ الْمُدَّعَىٰ عليْهِ وَلَا يُنْكِرَ، وَصُلْحٌ مَعَ إنْكَارٍ، وَكُلُّ ذَلِكَ جَائِزٌ؛

كِتَابُ الصُّلْحِ

قد مَرَّ بيانُ المناسبةِ في أوَّلِ كتابِ الإقْرَارِ.

الصُّلْحُ: اسْمٌ مِنَ المصالحةِ، وهيَ المُسالمَةُ بعدَ [٦/١٧٨و/م] المحارَبةِ، وأصْلُه مِنَ الصلاحِ، وهوَ استقامةُ الحالِ.

وفي الشَّرْعِ: عبارةٌ عنْ عَقْدٍ ترتَفِعُ بهِ المُنَازَعَةُ.

قولُه: (**قالَ: الصُّلْحُ عَلَىٰ ثَلَاثَةِ أَضْرُبٍ: صُلْحٌ مَعَ إقْرَارٍ، وَصُلْحٌ مَعَ سُكُوتٍ، وهوَ إلَّا يُقِرَّ الْمُدَّعَىٰ عليْهِ وَلَا يُنْكِرَ، وَصُلْحٌ مَعَ إنْكَارٍ، وَكُلُّ ذَلِكَ جَائِزٌ**)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «**مختصرِهِ**»[١].

وَجْه الحَصْر: أنَّ المُدَّعَىٰ عليْهِ إمَّا أنْ يُجيبَ لدعوىٰ المُدَّعِي أوَّلًا، والثاني: هوَ السكوتُ، والأوَّلُ: لَا يَخْلُو: إمَّا أنْ يَكُونَ بالإقرارِ أوِ الإنكارِ، ولا ثالثَ، فانحَصَر علىٰ الثلاثةِ لَا محالةَ.

والأصلُ في جوازِ الصُّلْح: قوله تعالىٰ: ﴿وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞ﴾ [النساء: ١٢٨]. وقوله ﷺ: «**الصُّلْحُ جَائِزٌ بينَ الْمُسْلِمَيْنِ، إلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا، أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا**»[٢]، رواه صاحبُ «**السنن**» بإسنادِهِ إلىٰ أبي هُرَيْرَةَ رضي الله عنه عَنِ النَّبِيِّ ﷺ

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٢١].

(٢) أخرجه: أبو داود في كتاب الأقضية/ باب في الصلح [رقم/٣٥٩٤]، ومن طريقه البيهقي في «السنن الكبرىٰ» [٦/٦٥]، وأحمد في «المسند» [٢/٣٦٦]، وابن حبان في «صحيحه»=

لِإِطْلَاقِ قَوْلِهِ تَعَالَىٰ: ﴿وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء: ١٢٨]، وَلِقَوْلِهِ عليه السلام: «كُلُّ صُلْحٍ جَائِزٌ فِيمَا بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا».

غاية البيان

وعلىٰ ذلكَ انعقَدَ الإجماعُ أيضًا.

[١٣/٥٩و/د] **ثُمَّ الصُّلْحُ بثلاثةِ أنواعِه**: جائزٌ عندنا، وهوَ مذهبُ مالكٍ، وقد ذكَر أصحابُه: أنَّ الصُّلْحَ علىٰ الإِقْرَارِ والإنكارِ جائزٌ[١].

وقالَ في «**التحفةِ**»: «إنَّ الصُّلْحَ عنْ إنكارٍ لَا يَجُوزُ عندَ ابنِ أبي ليْلَىٰ، وهوَ قولُ الشَّافِعِيِّ رحمه الله[٢]، ويَجُوزُ الصُّلْحُ أيضًا عنْ سكوتِ المُدَّعَىٰ عليْهِ عندَ ابنِ أبي ليْلَىٰ، كما هوَ مذهبُنا، وعندَ [٢/٤٠٢و] الشَّافِعِيِّ: لَا يَجُوزُ[٣]»[٤].

وقالَ في «**إشاراتِ الأسرارِ**»: «قالَ أبو حَنِيفَةَ: الصُّلْحُ علىٰ الإنكارِ أَجْوَزُ ما يَكُونُ؛ لأنَّ معناه: قَطْعُ الخُصُومَةِ والمُنَازَعَةِ، فتحقيقُ معنىٰ عَقْدِ الصُّلْحِ يَكُونُ حالةَ التناكُرِ، فَأَمَّا في حالةِ الإِقْرَارِ: فهوَ إسقاطٌ لبعضِ الحقِّ مِنْ غيرِ تحقيقِ معنىٰ الخُصُومَةِ والتنازُعِ».

وقالَ علاءُ الدِّين العالمُ في «**طريقةِ الخلاف**»: «والمرادُ بجوازِ الصُّلْحِ: اعتبارُه في إثباتِ مِلْكِ المُدَّعِي في بدلِ الصُّلْحِ، وانقطاعُ حقِّ الِاسْتِرْدَادِ للمُدَّعَىٰ عليه، وبطلانِ حقِّ الدَّعْوىٰ في أصلِ المُدَّعَىٰ»[٥].

= [رقم/٥٠٩١]، وابن حزم في «المحلىٰ» [٨/١٦٢]، من حديث أَبِي هُرَيْرَةَ رضي الله عنه به.
قال ابنُ حزم: «الرواية ساقطة». وقال ابنُ كثير: «رواهُ أبو داودَ بإسنادٍ حَسنٍ». ينظر: «إرشاد الفقيه إلىٰ معرفة أدلة التنبيه» لابن كثير [٣/١١٢].

(١) ينظر: «المدونة» لسحنون [٣/٣٧٨]. و«شرح مختصر خليل» للخرشي [٦/٤].
(٢) ينظر: «الأم» للشافعي [٨/٢٥٦]. و«الحاوي الكبير» للماوردي [٦/٣٦٩]. و«الوسيط في المذهب» للغزالي [٤/٥١].
(٣) ينظر: «النجم الوهاج في شرح المنهاج» للدَّمِيري [٨/٤٤٠].
(٤) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاءُ الدِّين السمرقندي [٣/٢٤٩].
(٥) ينظر: «طريقة الخلاف» للعلاء السمرقندي [ص/٤٢٨ ـ ٤٣٠].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَجُوزُ مَعَ إِنْكَارٍ أَوْ سُكُوتٍ؛ لِمَا رَوَيْنَا، وَهَذَا بِهَذِهِ الصِّفَةِ؛ لِأَنَّ الْبَدَلَ كَانَ حَلَالًا عَلَى الدَّافِعِ، حَرَامًا عَلَى الْآخِذِ، فَيَنْقَلِبُ الْأَمْرُ، وَلِأَنَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ يَدْفَعُ الْمَالَ لِقَطْعِ الْخُصُومَةِ، وَهَذَا رِشْوَةٌ.

غاية البيان

والكلامُ المعروفُ في المسألةِ: أنَّ هذا بَذْلُ المالِ بطريقِ المُعَاوَضَةِ في جانبِ المُدَّعِي؛ لقيامِ أَمَارةِ ثبوتِ الحقِّ في حقِّه، وبذْلُ المالِ: لدَفْعِ الخُصُومَةِ، وصِيَانَةِ النفسِ في حقِّ المُدَّعَىٰ عليه.

احتجَّ الشَّافِعِيُّ رحمه الله **بقوله** عليه السلام: «**الصُّلْحُ جَائِزٌ بينَ الْمُسْلِمَيْنِ إِلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا، أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا**»[1]، والصُّلْحُ علىٰ الإنكارِ بهذه المنزلةِ، ولأنَّه أَخَذَ المالَ عِوَضًا عنِ الخُصُومَةِ والشغَبِ، وأَخْذُ المالِ عِوَضًا عنِ الخُصُومَةِ [١٣/٥٩ظ/د] والشغَبِ لَا يَجُوزُ؛ لأَنَّهُ يُشْبِهُ الرِّشْوَةَ، فصارَ [٦/١٧٨ظ/م] كما إذا صَالَحَ[2] بعدَ الحَلِفِ، وكما إذا صَالَحَ في دعوىٰ استهلاكِ الوَدِيعَةِ علىٰ مالٍ، لَا يَجُوزُ ذلكَ لِمَا قلْنا، فكذا هذا، بخلافِ ما إذا كانَ مُقِرًّا؛ لأَنَّهُ إذا كانَ مُقِرًّا؛ كانَ المالُ واجبًا عليه، فيَكُونُ أَخْذُ المالِ عِوَضًا عنِ المالِ، وإنه جائزٌ.

ولنا: قولُه تعالىٰ: ﴿وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞ﴾ [النساء: ١٢٨]، وكذا قوله عليه السلام: «**الصُّلْحُ جَائِزٌ بينَ الْمُسْلِمَيْنِ [إِلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا، أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا]**[3]»[4]؛ لأنَّه بإطلاقِه يشْمَلُ جميعَ أنواعِ الصُّلحِ، إلَّا ما دلَّ عليْهِ دليلُ التقييدِ.

فَإِنْ قُلْتَ: لَا يَصِحُّ التمسُّكُ بالآيةِ؛ لأَنَّهُ إنَّما يَصِحُّ إذا كانَ المرادُ بـ الألفِ واللامِ: الجنسَ لَا العهدَ، وقد وُجِدَ دليلُ العهدِ؛ لأَنَّهُ تعالىٰ قالَ: ﴿وَإِنِ ٱمۡرَأَةٌ خَافَتۡ

(١) مضىٰ تخريجه.

(٢) وقع بالأصل: «صُلْح». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

(٤) مضىٰ تخريجه.

وَلَنَا: مَا تَلَوْنَا وَأَوَّلُ مَا رَوَيْنَا، وَتَأْوِيلُ آخِرِهِ أَحَلَّ حَرَامًا لِعَيْنِهِ كَالْخَمْرِ، أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا لِعَيْنِهِ كَالصُّلْحِ [٨٩/و] عَلَىٰ أَلَّا يَطَأَ الضَّرَّةَ؛ وَلِأَنَّ هَذَا صُلْحٌ بَعْدَ دَعْوَىٰ

﴿مِنۢ بَعۡلِهَا نُشُوزًا أَوۡ إِعۡرَاضٗا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يُصۡلِحَا بَيۡنَهُمَا صُلۡحٗا﴾ [النساء: ١٢٨]، أي: ذلكَ الصُّلْحُ.

وَلَئِنْ سَلَّمْنَا أنَّ المرادَ بِهِ الجنسُ؛ فلَا يَجُوزُ أيضًا صَرْفُه إلىٰ الكلِّ؛ لأنَّ ما يَنْطَلِقُ عليْهِ اسمُ الصُّلْحِ لَا يَجُوزُ، ولهذا لَمْ يَجُزِ الصُّلْحُ بعدَ اليَمِينِ، وصَلْحُ المُودَعِ لَا يَجُوزُ أيضًا.

وإذا ادَّعَىٰ علىٰ آخرَ قذْفًا لَا يَجُوزُ الصُّلْحُ، وكذا إذا ادَّعَىٰ علىٰ امرأةٍ نكاحًا فأنكرَتْ، فصالحَتْ علىٰ مالٍ لَا يَجُوزُ، فإذا لَمْ يُمْكِنْ صَرْفُه إلىٰ الكلِّ؛ وَجَبَ حمْلُه علىٰ الأدنىٰ لتيَقُّنِه، وهوَ الصُّلْحُ عن إِقْرَارٍ.

قُلْتُ: التعلّقُ بالآيةِ صحيحٌ؛ لدخولِ الألفِ واللامِ، وهي مُطْلَقةٌ لَا فصْلَ فيها، وحمْلُه علىٰ العهدِ ضعيفٌ؛ لأنَّ اللهَ تعالىٰ أمَرَ بِالصُّلْحِ، وعَلَّل بكونِه خيرًا، وهوَ المفهومُ مِن لسانِ العربِ، وكأنه قالَ [١٣/٦٠و/د]: صالحوا، فإن الصُّلْحَ خيرٌ. يَعْنِي: أنَّ جنسَ الصُّلْحِ خيرٌ كما يقالَ: صَلِّ، والصلاةُ خيرٌ، أي: جنسُ الصلاةِ خيرٌ.

غايةُ ما في البابِ: أنَّهُ انصرفَ إلىٰ الصُّلْحِ المذكورِ أوَّلًا، ولكنْ وَصَفُه تعالىٰ بكونِه خيرًا؛ لأنَّهُ صُلْحٌ، فكلُّ ما يَكُونُ صُلْحًا يَكُونُ خيرًا، وأيضًا قد يَكُونُ ذلكَ الصُّلْحُ عنْ إنكارٍ أيضًا؛ لأنَّ نشوزَ الزوجِ والإعراضَ قدْ يَكُونُ عنْ إنكارِ حقِّها، فيَكُونُ ذلكَ صُلْحًا علىٰ الإنكارِ، ومع ذلك جازَ.

وقولُهم: بأنَّه لَا يُمْكِنُ صَرْفُه إلىٰ الجنسِ كلِّها.

فالجوابُ عَنْه نَقُولُ: ليسَ ذلكَ مِنْ بابِ ما لَا يُمْكِنُ العملُ بالإطلاقِ، بلْ في بعضِ المواضعِ تُرِكَ العملُ بالإطلاقِ؛ بدليلِ التقييدِ، ووجودُه في بعضِ

صَحِيحَةٍ فَيَقْضِي بِجَوَازِهِ ؛ لِأَنَّ الْمُدَّعِي يَأْخُذُهُ عِوَضًا عَنْ حَقِّهِ فِي زَعْمِهِ ، وَهَذَا مَشْرُوعٌ ، وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ يَدْفَعُهُ لِدَفْعِ الْخُصُومَةِ عَنْ نَفْسِهِ ، وَهَذَا مَشْرُوعٌ أَيْضًا ؛

غاية البيان

المواضعِ لَا يدلُّ على وجودِه في كلِّ المواضعِ ، فلَا يَمْنَعُ ذلكَ العملَ بالإطلاقِ فيما وراء دليلِ التقييدِ ، وقد تأيَّد هذا بقوله ﷺ: «**الصُّلْحُ جَائِزٌ بينَ الْمُسْلِمَيْنِ**»[1].

فإنْ قيلَ: قالَ في آخرِ الحديثِ [٤٠٢/٢ظ] [١٧٩/٦و/م]: «**إلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا ، أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا**» ، **وهوَ** يَدُلُّ على أنَّ الصُّلْحَ عنْ إنكارٍ لَا يَجُوزُ ؛ لأنَّ بدَلَ المُدَّعَى كانَ حرامًا على المُدَّعِي قبْلَ الصُّلْحِ ، والآنَ حَلَّ وكانَ حلالًا للمُدَّعَى عليه ، والآنَ حَرُمَ.

قلْنا: يَنْتَقِضُ ذلكَ بِالصُّلْحِ عنْ إِقْرَارٍ ؛ لأَنَّهُ أَحَلَّ حرامًا وحَرَّم حلالًا ؛ لأنَّ المُدَّعَى[2] كانَ حرامًا على المُدَّعَى عليْهِ قبْلَ الصُّلْحِ ، والآنَ حَلَّ ، وكانَ حلالًا للمُدَّعِي قبلَ الصُّلْحِ ، والآنَ حَرُمَ ، وبدلُ الصُّلْحِ حالُه كذلكَ ، ومع هذا جازَ ، فلَا بُدَّ إِذَنْ مِنَ التأويلِ ، فمعناه: أحَلَّ [٦٠/١٣ظ/د] حرامًا لعَيْنِه ، أوْ حَرَّم حلالًا لعَيْنِه.

بيانُه: أنَّ المرأةَ إذا صَالَحَتِ الزوجَ على أنْ لَا يطَأَ أَمَتَه ، أوْ ضَرَّتَه لَا يَجُوزُ ؛ لأنَّهُ صُلْحٌ حرَّمَ حلالًا لعَيْنِه ، قالَ تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَۖ تَبۡتَغِي مَرۡضَاتَ أَزۡوَٰجِكَۚ ﴾ [التحريم: ١] ، وإذا صَالَحَ إنسانًا عنْ مالٍ ، على خَمْرٍ ، أوْ خِنْزِيرٍ لَا يَجُوزُ ؛ لأنَّهُ صُلْحٌ أحَلَّ حرامًا.

والفقهُ في المسألةِ: أنَّ الصُّلْحَ سَبَبٌ لقَطْعِ المنازَعاتِ والخصوماتِ ، فيَجِبُ تصحيحُه ما أمْكَنَ ؛ لأنَّهُ رَفْعُ الفَسَادِ ، واللهُ لَا يَحِبُّ الفَسَادَ ، وقدْ أمْكَنَ تصحيحُه بأنْ يُجْعَلَ المُدَّعِي مُسْقِطًا بعضَ حقِّه ، [ومُسْتَوْفيًا بعضَ حقِّه][3] ، ويُجْعَلُ المُدَّعَى عليْه باذِلًا للمالِ بإزاءِ دَفْعِ الخُصُومَةِ ، وأنَّه جائزٌ ؛ لأنَّ المالَ خُلِقَ وقايةً للنفسِ ،

---

(١) مضى تخريجه.

(٢) في «غ»: «المُدَّعَى به».

(٣) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن» ، و«م» ، و«تح» ، و«غ».

. . . .

فيَجُوزُ بذْلُه للدفْعِ عنِ النفسِ.

أَمَّا الجوابُ عنِ الصُّلْحِ بعدَ الحَلِف: فقدْ قالَ في «**الطريقةِ البرهانيةِ**»: «رُوِيَ عنْ محمدٍ: أَنَّهُ يَجُوزُ. وَلَئِنْ سَلَّمْنَا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ، فإنَّما لَمْ يَجُزْ؛ لأَنَّهُ وصَلَ إليهِ بدَلُ حقِّه، إلىٰ أنْ يُقِيمَ البينةَ، ووصولُ البَدَلِ كوصولِ المُبْدَلِ، ولوْ وَصَلَ المُبْدَلُ لَا يَجُوزُ الصُّلْحُ، فكذا إذا وَصَلَ البَدَلُ».

وكذلكَ قالَ في مسألةِ الوَدِيعَةِ: «عندَ محمدٍ: يَجُوزُ، وعندَ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ رحمهما الله: إنَّما لَا يَجُوزُ؛ لأَنَّهُ سُلِّطَ علىٰ الرَّدِّ، وأنه أمينٌ، والقولُ قولُ الأمينِ في الشَّرْعِ، ولهذا تَنْقَطِعُ الخُصُومَةُ بقولِه: رددْتُه. إلَّا أَنَّهُ يُحَلَّفُ نفْيًا للتهمةِ، فإذا انقطَعَ الخُصُومَةُ بقولِه؛ لَا يحْتَاجُ إلىٰ الصُّلْحِ».

وكذا إذا [١٣/٦١و/د] **ادَّعَىٰ علىٰ آخرَ قذْفًا أوْ نكاحًا:** لَا يَجُوزُ الصُّلْحُ علىٰ مالٍ؛ لأنَّ هنالكَ لَمْ يَثْبُتْ في حقِّ المُدَّعِي شيءٌ يَجُوزُ أخْذُ المالِ عِوَضًا عنه، بخلافِ ما نحنُ فيه، علىٰ أنَّا نمْنَعُ عدمَ جوازِ الصُّلْحِ علىٰ مالٍ في دعوىٰ النِّكَاحِ عليها إذا أنكَرَتْه، فصالحَتْ علىٰ مالٍ؛ لأنَّهُ يَجُوزُ، وبه صَرَّحَ القُدُورِيُّ في «**مختصرِهِ**»[1]، وسيَجِيءُ ذلكَ [٦/١٧٩ظ/م] في فصْلٍ عَقِيب هذا.

فَإِنْ قُلْتَ: إذا ادَّعَىٰ علىٰ آخرَ قصاصًا فأنكَرَ، فصالَحه علىٰ مالٍ لَا يَجُوزُ، فما الجوابُ عنه؟

قُلْتُ: ذلك ممنوعٌ؛ لأنَّ علاءَ الدِّينِ العالمَ قالَ في «**طريقةِ الخلافِ**»[2]: «إنه يَجُوزُ»، ثُمَّ قالَ: «نصَّ عليْهِ في أوَّلِ صُلْحِ «**الجامع الكبير**»[3] ..». والبَاقِي يُعْلَمُ

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/١٢٢].

(٢) ينظر: «طريقة الخلاف» للعلاء السمرقندي [ص/٤٣٠].

(٣) ينظر: «الجامع الكبير» لمحمد بن الحسن [ص/٣٣٢].

إذِ الْمَالُ وِقَايَةُ الْأَنْفُسِ وَدَفْعُ الرِّشْوَةِ لِدَفْعِ الظُّلْمِ أَمْرٌ جَائِزٌ.

غاية البيان

في نُسَخِ «طريقةِ الخلافِ» خصوصًا في «الطريقةِ البرهانيةِ» المطوَّلَة، أَعْنِي: طريقةَ الصدْرِ الكبيرِ البرهانِ الأَجَلِّ صاحبِ «المحيطِ» أبي محمدٍ عبدِ العزيزِ[1] بنِ عُمَرَ بنِ أبي سهلٍ البُخَارِيِّ المعروف بـ: «مَازَه»[2].

قولُه: (وَدَفْعُ الرِّشْوَةِ لِدَفْعِ الظُّلْمِ أَمْرٌ جَائِزٌ)، روىٰ محمدٌ في «السِّيَرِ الكبيرِ»[3]: «عنْ أبي عُمَيْسٍ[4] الْمَسْعُودِيِّ، عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَبْدِ اللهِ بْنِ مَسْعُودٍ، عَنْ عَبْدِ اللهِ بْنِ مَسْعُودٍ: «أَنَّهُ كانَ بِالْحَبَشَةِ فَرَشَا دِينَارَيْنِ»[5].

قالَ محمدٌ: «فهذا لَا بأسَ بهِ، وليسَ هذا بسُحْتٍ إلَّا [علىٰ][6] مَن أكَلَه، فأَمَّا مَنْ أعطاه لمنفعةٍ: فلَا بأس بذلكَ له، وكذلكَ في دارِ الإسلامِ أيضًا إنْ رشَا إنسانًا يخافُ ظُلْمَه وحَبْسَه؛ فلَا بأسَ بذلكَ للراشِي، ويُكْرَه ذلك للمُرْتَشِي».

قالَ محمدٌ[7]: «بلَغَنا عنْ أبي الشَّعْثَاءِ جَابِرِ بْنِ زَيْدٍ: أَنَّهُ قَالَ: «مَا وَجَدْنَا فِي

(١) وقع بالأصل: «ابن عزيز». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

(٢) كذا قال المؤلف! وقد مضىٰ أن صاحب «المحيط»: هو محمود ـ أو محمد ـ بن أحمد بن عبد العزيز بن عُمَر بن مَازَه البخارِيّ المرْغِينانِيّ، بُرهان الدِّين. وهو صاحب: «الطَّرِيقَة البرهانية» أيضًا، ولعله اشتبَه علىٰ المؤلِّف بـ: عبد العزيز بن عُمَر بن مازه الْمَعْرُوف ببرهان الأئمة أبي محمد. وَالِد عُمر بن عبد العزيز الملقَّب بـ الصدر الشَّهيد.

(٣) ينظر: «السِّيَر الْكَبِير/ مع شرْح السرخسي» لمحمد بن الحسن [٥/٢٢٦]. والأثرُ هناك معلَّقٌ غير موصول.

(٤) **أبو عُمَيْسٍ**: هو عُتبَة بن عبد الله بن عُتبَة بن عبد الله بن مَسْعُود، أَخُو عبد الرَّحْمَن المَسْعُودِيّ الْهُذلِيّ الْكُوفِي. من كتاب: «الهداية والإرشاد». كذا جاء في حاشية: «تح»، و«م»، و«د». وينظر: «الهداية والإرشاد في معرفة أهل الثقة والسداد/ رجال صحيح البخاري» للكلاباذي [٢/٥٩١].

(٥) أخرجه: ابن سعد في «الطبقات الكبير» [٣/١٤٠]. والبلاذري في «أنساب الأشراف» [١١/٢١٠]، عَنْ أَبِي عُمَيْسٍ بإسناده به.

(٦) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

(٧) ينظر: «السِّيَر الْكَبِير/مع شرْح السرخسي» لمحمد بن الحسن [٥/٢٢٦]. والأثرُ هناك معلَّقٌ غير موصول.

. . . .

زَمَنِ الْحَجَّاجِ، أَوْ زِيَادٍ، أَوِ ابْنِ زِيَادٍ شَيْئًا خَيْرًا [١٣/٦١ظ/د] لَنَا مِنَ الرُّشَا»[1].

قَالَ محمدٌ: «فهذا لَا بأسَ بهِ للمُعْطِي؛ لأنَّهُ يدْفَعُ بهِ عنْ نفسِه ظُلَامةً، وإنما يُكْرَهُ ذلكَ للآخِذِ». إلىٰ هنا لَفْظُ كتابِ «**السِّيَرِ** [٢/٤٠٣و] **الكبيرِ**».

قالَ في «الفتاوىٰ الصغرىٰ»: «قالَ شيخُ الإسلامِ خُوَاهَر زَادَه: **الصُّلْحُ مع** المُودَعِ علىٰ أربعةِ أوجهٍ:

الأولُ: إذا ادَّعَىٰ صاحبُ المال الإيداعَ، وجحَدَ المُودَعُ.

والثاني: إذا ادَّعَىٰ صاحبُ المال الإيداعَ والاستهلاكَ، والمُودَعُ **أقرَّ بالإيداعِ** وسكَتَ، ولَمْ يَدَّعِ الرَّدَّ أو الهلاكَ، وفي هذيْنِ الوجهيْنِ: **الصُّلْحُ جائزٌ عندَهم**.

والثالثُ: إذا قالَ المُودَعُ: هلَكَتْ، أوْ ردَدْتُ، وصاحبُ المال ساكتٌ، **أوْ قالَ**: لَا أدري؛ فاصطلَحا؛ لَا يَجُوزُ في قولِ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ رحمهما الله، **ويَجُوز في قولِ** محمدٍ.

الرابعُ: إذا قالَ المُودَعُ: ضاعتْ، أوْ ردَدْتُ، وقالَ **المالكُ: لَا بلِ استهلكْتَ**. فاصطلَحا؛ لَا يَجُوزُ في قولِ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ الأولِ، **وفي قولِ أبي يوسفَ** الآخرِ ـ وهو قولُ محمدٍ ـ: يَجُوزُ.

قالَ أستاذُنا فخرُ الدِّينِ: وهكذا ذكَرَ في «**المنتقىٰ**» **أيضًا**.

قالَ شيخُ الإسلامِ خُوَاهَر زَادَه: والفتوىٰ **علىٰ قولِ أبي حَنِيفَةَ** رحمه الله، **وعامةُ** [٦/١٨٠و/م] المشايخِ لَمْ يُفرِّقوا بينَ ما **إذا قالَ المالكُ: استهلكْتَها، وقالَ المُودَعُ**: ضاعَتْ، أوْ ردَدْتُ، أوْ قالَ المُودَعُ **أوَّلًا: ضاعَتْ، أوْ ردَدْتُ، وقالَ المُودِعُ**:

---

(١) أخرجه: الطحاوي في «بيان مشكل الآثار» [١٤/٣٣٦]، عَنْ جَابِرِ بْنِ زَيْدٍ رضي الله عنه به.

قالَ: فَإِنْ وَقَعَ الصُّلْحُ عَنْ إِقْرَارٍ؛ اُعْتُبِرَ فيهِ مَا يُعْتَبَرُ فِي الْبِيَاعَاتِ إِنْ وَقَعَ عَنْ مَالٍ بِمَالٍ لِوُجُودِ مَعْنَى الْبَيْعِ وَهُوَ مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ فِي حَقِّ الْمُتَعَاقِدِينَ بِتَرَاضِيهِمَا، فَيَجْرِي فِيهِ الشُّفْعَةُ إِذَا كَانَ عَقَارًا، وَيُرَدُّ بِالْعَيْبِ وَيَثْبُتُ فِيهِ خِيَارُ الرُّؤْيَةِ وَالشَّرْطِ، وَيُفْسِدُهُ جَهَالَةُ الْبَدَلِ؛ لِأَنَّهَا الْمُفْضِيَةُ إِلَى الْمُنَازَعَةِ دُونَ جَهَالَةِ الْمُصَالَحِ عَنْهُ؛ لِأَنَّهُ يَسْقُطُ، وَيُشْتَرَطُ الْقُدْرَةُ عَلَى تَسْلِيمِ الْبَدَلِ.

وَإِنْ وَقَعَ عَنْ مَالٍ بِمَنَافِعَ؛ يُعْتَبَرُ بِالْإِجَارَاتِ؛ لِوُجُودِ مَعْنَى الْإِجَارَةِ؛ وَهُوَ

غاية البيان

استهلكْتَها. وذكرُوا الخلافَ فيهما جميعًا.

وقالَ القاضي [١٣/٦٢و/د] الإمامُ عَلِيُّ السُّغْدِيُّ: إذا قالَ المُودِعِ أوَّلًا: استهلكْتَها، وقالَ المُودَعُ: ضاعَتْ، أوْ رددْتُ؛ يَجُوزُ الصُّلْحُ في قولِهم»[١]. إلى هنا لفْظُ «الفتاوى الصغرى».

قولُه: (قالَ: فَإِنْ وَقَعَ الصُّلْحُ عَنْ إِقْرَارٍ؛ اُعْتُبِرَ فيهِ مَا يُعْتَبَرُ فِي الْبِيَاعَاتِ إِنْ وَقَعَ عَنْ مَالٍ بِمَالٍ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصرِه»[٢].

وذلكَ لأنَّ المُدَّعَى عليْهِ يُعْطَى عِوَضًا عما أقَرَّ بهِ بتراضِي المُتَعاقِدَيْنِ، وذلكَ معنى البَيْعِ؛ لأنَّ حقيقتَه: مُبَادَلَةُ المالِ بالمالِ على سبيلِ التراضِي، فإذا تحقَّقَ معنى البَيْعِ فيه؛ اُعْتُبِرَ فيهِ ما يُعْتَبَرُ في البِيَاعَاتِ مِنْ جَرَيانِ الشُّفْعَةِ في العَقَارِ، وثبوتِ خِيَارِ العَيْبِ، والرُّؤْيَةِ، والشَّرْطِ، وفَسَادِ العَقْدِ بجهالةِ البَدَلِ؛ لإفضائِها إلى المُنَازَعَةِ، بخلافِ جَهَالَةِ المصالَحِ عنه؛ لأنَّها[٣] لَا تُفْضِي إلى المُنَازَعَةِ؛ لأنَّهُ يسْقُطُ، ويُشْتَرَطُ القُدْرَةُ على تسليمِ البَدَلِ أيضًا، حتى إذا وقَع الصُّلْحُ على عبْدٍ آبِقٍ لَا يَجُوزُ.

قولُه: (وَإِنْ وَقَعَ عَنْ مَالٍ بِمَنَافِعَ؛ يُعْتَبَرُ بِالْإِجَارَاتِ)، هذا لفْظُ القُدُورِيِّ في

(١) ينظر: «الفتاوى الصغرى» للصدر الشهيد [ق/٣١١].
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٢١].
(٣) وقع بالأصل: «وأنها». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

تَمْلِيكُ الْمَنَافِعِ بِمَالٍ، وَالاعْتِبَارُ فِي الْعُقُودِ لِمَعَانِيهَا، فَيُشْتَرَطُ التَّوْقِيتُ فِيهَا، وَيَبْطُلُ الصُّلْحُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا فِي الْمُدَّةِ؛ لِأَنَّهُ إِجَارَةٌ.

غاية البيان

«**مختصرِه**»(١)، وإنَّما أُعْتُبِرَ بالإجارةِ؛ لوجودِ معنى الإِجَارَةِ، وهوَ تمليكُ المنافعِ بعِوَضٍ، والاعتبارُ في العُقُودِ للمعاني، ولهذا كانَ البَيْعُ بالتعاطِي صحيحًا، وكانَ الهِبَةُ بشَرْطِ العِوَضِ [١٣/٦٢ظ/د] بيعًا، وكانتِ الحَوَالَةُ بشَرْطِ مطالبةِ الْأَصِيلِ كَفَالَةً، والكَفَالَةُ بشَرْطِ بَرَاءَةِ الْأَصِيلِ حَوَالَةً.

فإذا أُعْتُبِرَ بالإجارةِ: كانَ التوقيتُ مِن شَرْطِهِ حتى لوْ وقَعَ الصُّلْحُ على سُكْنَى بيتٍ بعَيْنِه إلى مُدَّةٍ معلومةٍ جازَ، وإنْ وقَعَ الصُّلْحُ أبدًا أوْ إلى أنْ يَمُوتَ؛ لَمْ يَجُزْ، وكذا إنْ وقَعَ الصُّلْحُ على زراعةِ أرضٍ سنينَ معلومةً؛ جازَ، وإذا لَمْ تَكُنِ المُدَّةُ معلومةً فلا، ويَبْطُلُ الصُّلْحُ بموتِ أحدِ المُتَعَاقِدَيْنِ أيضًا، كما في الإِجَارَةِ، ويَرْجِعُ المُدَّعِي في دعواهُ بقَدْرِ ما لَمْ يَسْتَوْفِ مِنَ المَنْفَعَةِ.

قالَ الإمامُ الأَسْبِيْجَابيُّ في «شرحِ **الطَّحَاوِيِّ**»(٢): «الأصلُ: أن الصُّلْحَ على مَعْلُومٍ عنْ مَعْلُومٍ، أوْ عنْ مَجْهُولٍ على [٦/١٨٠ظ/م] مَعْلُومٍ جائزٌ، والصُّلْحُ على شيءٍ مَجْهُولٍ عنْ مَعْلُومٍ، أوْ عنْ مَجْهُولٍ لَا يَجُوزُ، إلَّا أنْ يَكُونَ ما وقَعَ عليْهِ الصُّلْحُ مُسْتغنيًا عنِ القَبْضِ والتَّسْلِيمِ، فجهالتُه لَا تُبْطِلُ عَقْدَ الصُّلحِ، كما إذا ادَّعَى كُلُّ واحدٍ منهما حقًّا مجهولًا، فاصطلَحا جميعًا على التارُكِ؛ جازَ الصُّلْحُ؛ لأنَّ الجَهَالَةَ [٢/٤٠٣ظ] لَا تُبْطِلُ العُقُودَ لعَيْنِها، وإنما تُبْطِلُ العُقُودَ لمعنًى فيها، وهوَ لوقوعِ المُنَازَعَةِ.

فإنْ كانَ ممَّا يُسْتَغْنَى عنْ قَبْضِه، ولا تقَعُ المُنَازَعَةُ في ثاني الحالِ؛ جازَ، وإنْ كانَ ممَّا يحْتَاجُ إلى قَبْضِه [١٣/٦٣و/د]، وتقَعُ المُنَازَعَةُ في ثاني الحالِ عندَ القَبْضِ والتَّسْلِيمِ؛ لَمْ يَجُزْ».

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٢١].

(٢) بداية النقل من «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيُّ [ق/٢٤٨].

....

ثُمَّ قالَ فيه: «وإذا ادَّعَىٰ رَجُلٌ عينَ مالٍ في يدِ رَجُلٍ، كالعبدِ، والدَّارِ، والأرضِ وغيرِها، فادَّعَىٰ كلَّه، أوْ بعضَه، والمُدَّعَىٰ عليْهِ مُقِرٌّ، أوْ جاحدٌ، أوْ ساكتٌ؛ فإنَّ الذي وقَعَ عليْهِ الصُّلْحُ لَا يَخْلُو: إمَّا أنْ يَكُون دراهمَ، أوْ دنانيرَ، أوْ كيْليًّا، أوْ وزَنِيًّا، أوْ حيوانًا، أوْ ثيابًا، ولا يَخْلُو: إمَّا أن يَكُونَ مُعَيَّنًا، أوْ موصوفًا غيرَ مُعَيَّنٍ، أوْ وَقعَ الصُّلْحُ علىٰ مَنْفَعَةٍ.

أَمَّا إذا وقَع الصُّلْحُ علىٰ دراهمَ بعَيْنِها: فالشرطُ فيها بيانُ مقدارِها، ويقَعُ علىٰ الجيَادِ مِنْ نَقْدِ البلدِ، وإنْ كانَتْ في تلكَ البلدِ نُقُودٌ مختلفةٌ؛ يقَعُ علىٰ الغالبِ منها، وإنْ لَمْ يَكُنْ لبَعْضِها علىٰ بعضٍ غلَبَةٌ؛ فلَا يَجُوزُ الصُّلْحُ ما لَمْ يُبَيِّنْ نقْدًا منها مع بيانِ القَدْرِ.

ويَجُوزُ الصُّلْحُ عليها حالَّةً ومؤَجَّلَةً، وقبْضُ ما وقَع عليْهِ الصُّلْحُ في المجلسِ قبْلَ الافتراقِ ليسَ بشَرْطٍ؛ لأنَّ الافتراقَ عنْ عينٍ بِدَيْنٍ: في غيرِ الصَّرْفِ والسَّلَمِ، وما لَا يُبْطِلُه النَّسَاءُ لَا يُبْطِلُه العَقْدُ، هذا إذا كانَتِ الدراهمُ غيرَ مُعَيَّنَةٍ.

وأَمَّا إذا كانَتْ مُعَيَّنَةً: جازَ الصُّلْحُ، ولا يحْتَاجُ إلىٰ بيانِ القَدْرِ والوَصْفِ، ولكنْ لَا يَتَعَلَّقُ العَقْدُ بعَيْنِها؛ لأنَّ الدراهمَ والدنانيرَ لَا يتَعَيَّنانِ [١٣/٦٣ظ/د] في عُقُودِ المُعَامَلَاتِ، حتىٰ أنَّ المُدَّعَىٰ عليْهِ لوْ أرادَ أنْ يحْبِسَها ويُعْطِي المُدَّعِي مِثْلَها؛ كانَ لهُ ذلكَ، ولو هلكَتْ في يدِه قبْلَ التَّسْلِيمِ إلىٰ المُدَّعِي، أو استُحِقَّتْ؛ لَمْ يَبْطُلِ العَقْدُ، وعليْهِ تسليمُ مِثْلِها.

ولوِ اختلفا في قَدْرِها ووَصْفِها بعدَ الهلاكِ؛ فإنَّهما يتحالفانِ، ويترادَّان الفضلَ، كما في البَيْعِ إذا اختلَفا [٦/١٨١و/م] والسِّلْعَةُ قائمةٌ بعَيْنِها، وهاهنا المَعْقُودُ عليْهِ قائمٌ، وهوَ عينٌ في يدِ المُدَّعَىٰ عليه، وكذلكَ الصُّلْحُ إنْ وقَعَ علىٰ الدنانيرِ، فهوَ كما إذا وقَع الصُّلْحُ علىٰ الدراهمِ في جميعِ ما وَصفْنا.

وَالصُّلْحُ عَنِ السُّكُوتِ وَالْإِنْكَارِ فِي حَقِّ الْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ: لِافْتِدَاءِ الْيَمِينِ،

غاية البيان

وإنْ صَالَحَ مِنْ دعواهُ علىٰ كَيْلِيٍّ - كَالحِنْطَةِ والشَّعِيرِ - أوْ علىٰ وَزْنِيٍّ - كالحديدِ والصُّفْرِ -: إنْ كانَ مُعَيَّنًا [و][1] أضافَ العَقْدَ إليه، وهوَ حاضرٌ، أوْ غائبٌ بعْدَ أنْ كانَ ذلكَ في مِلْكِ المُدَّعَىٰ عليه؛ صحَّ الصُّلْحُ، ويقَعُ علىٰ ما سَمَّىٰ مِن الكَيْلِ والوَزْنِ.

وإنْ أشارَ إليهِ ولَمْ يُسَمِّ الكَيْلَ والوَزْنَ؛ جازَ، ويتَعَيَّنُ ذلكَ، فإنْ كانَ موصوفًا في الذِّمَّةِ؛ فالشرطُ فيه: بيانُ القَدْرِ والوَصْفِ، وبيانُ الأَجَلِ ليسَ بشَرْطٍ، ولو بينَ الأَجَلَ جازَ ويَثْبُتُ.

والأصلُ: أنَّ الكَيْلِيَّ والوَزْنِيَّ أعيانُهما سِلَعٌ، وأوصافُهما ثَمَنٌ، فإذا عُيِّنَا تعَلَّقَ العَقْدُ بأعيانِهما، وإذا وُصِفَا ولَمْ يتعَيَّنا؛ صارَ حُكْمُهما كحُكْمِ الدراهمِ والدنانيرِ.

وإنْ صالَحه علىٰ ثيابٍ، إنْ كانَتْ مُعَيَّنةً؛ جازَ الصُّلْحُ، والشَّرْطُ فيه: **الإِشَارَةُ** [١٣/٦٤و/د] لَا غيرَ، وإنْ كانَ غيرَ مُعَيَّنٍ؛ فالصُّلْحُ لَا يَجُوزُ حتىٰ يأتيَ بجميعِ شرائطِ السَّلَمِ؛ لأنَّ الثِّيَابَ لَا تَثْبُتُ دَيْنًا في الذِّمَّةِ إلَّا علىٰ اعتبارِ شرائطِ السَّلَمِ.

ولوْ صَالَحَ مِن دعواهُ علىٰ حيوانٍ، أوْ علىٰ ما [لا][2] يَجُوزُ فيهِ السَّلَمُ لجهالتِه؛ فلَا يَصِحُّ الصُّلْحُ إلَّا أنْ يَكُون مُعَيَّنًا.

ولو صَالَحَ مِنْ دعواهُ علىٰ مَنْفَعَةٍ معلومةٍ، فإنْ كانَ ذلكَ ممَّا يَجُوزُ ورُودُ الإِجَارَةِ عليه؛ صحَّ الصُّلْحُ، وإنْ كانَ ذلكَ ممَّا لَا يَجُوزُ ورُودُ الإِجَارَةِ عليه؛ لَمْ يَجُزِ الصُّلْحُ»[3]. إلىٰ هنا لَفْظُ الإمامِ الأَسْبِيْجَابيِّ في «**شرحِ الطَّحَاوِيِّ**».

قولُه: (وَالصُّلْحُ عَنِ السُّكُوتِ وَالْإِنْكَارِ فِي حَقِّ الْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ: لِافْتِدَاءِ الْيَمِينِ،

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «شرح الطَّحَاوِيّ» للأَسْبِيْجَابيّ [١/ق٢١٩/ب/ مخطوط مكتبة شهيد علي - تركيا/ (رقم الحفظ: ٨١٦)].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «تح»، و«غ».

(٣) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيّ [ق٢٤٩/].

وَقَطْعِ الْخُصُومَةِ، وَفِي حَقِّ الْمُدَّعَىٰ: بِمَعْنَىٰ الْمُعَاوَضَةِ لِمَا بَيَّنَّا.

وَيَجُوزُ أَنْ يَخْتَلِفَ حُكْمُ الْعَقْدِ فِيهِمَا[1] كَمَا يَخْتَلِفُ حُكْمُ الْإِقَالَةِ فِي حَقِّ الْمُتَعَاقِدِينَ وغَيْرِهِمَا، وَهَذَا فِي الْإِنْكَارِ ظَاهِرٌ، وَكَذَا فِي السُّكُوتِ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ الْإِقْرَارَ وَالْجُحُودَ، فَلَا يَثْبُتُ كَوْنُهُ عوضًا فِي حَقِّهِ بِالشَّكِّ.

غاية البيان

وَقَطْعِ الْخُصُومَةِ، وَفِي حَقِّ الْمُدَّعَىٰ: بِمَعْنَىٰ الْمُعَاوَضَةِ)، وهذا لفْظُ القُدُورِيِّ في «**مختصرِهِ**»[2]، وذلكَ لأنَّ المُدَّعَىٰ يزعُمُ أنَّهُ مُحِقٌّ في دعواه، والذي أخَذَه عِوَضٌ عنْ حقِّه [٢/٤٠٤و]، والمرءُ مُؤاخَذٌ بزَعْمِه، فيُجْعَلُ في حقِّه بمعنىٰ المُعَاوَضَةِ، والمُدَّعَىٰ عليْهِ يَزْعُمُ أنَّ المُدَّعِيَ مُبْطِلٌ في دعواه، والذي يُعطيه لدَفْعِ الخُصُومَةِ والشغَبِ والذَّبِّ عنْ نفسِه، وليس يمْتَنِعُ أنْ يختلفَ حُكْمُ الصُّلْحِ في حقِّهما كالإقالةِ، فإنَّها [١٣/٦٤ظ/د] فَسْخٌ في حقِّ المُتَعَاقِدَيْنِ، بَيْعٌ في حقِّ الثالثِ.

وكالخلعِ فإنَّه[3] مُعَاوَضَةٌ في [٦/١٨١ظ/م] جانبِ المرأةِ، يَمِينٌ في جانبِ الرَّجُلِ، وكالجهةِ الواحدةِ عندَ التحرِّي، تَكُونُ قِبْلَةً في حقِّ مَنْ توجَّه إليها، ولا تَكُونُ قِبْلَةً في حقِّ مَنْ توجَّه إلىٰ غيرِها، وكالنكاحِ حُكْمُه الحِلُّ للناكحِ، والحرمةُ لأبيه وابنِه، وكذلكَ حُكْمُه الحِلُّ في حقِّ المرأةِ، والحرمةُ في حقِّ أمِّها، إلىٰ غيرِ ذلكَ ممَّا شابَهَه، وهذا الذي ذكرْناه ظاهرٌ في الصُّلْحِ علىٰ الإنكارِ.

أمَّا إذا كانَ الصُّلْحُ عن سكوتٍ: فكذلكَ؛ لأنَّ السكوتَ يَحْتَمِلُ الأمْرَيْنِ جميعًا؛ لأنَّهُ يَجُوزُ أنْ يَكُونَ جاحدًا أوْ مُقِرًّا في الباطنِ، فلَمَّا احتملَ الأمْرَيْنِ؛ لَمْ يُجْعَلْ مُعَاوَضَةً في حقِّ المُدَّعَىٰ عليْهِ بالشكِّ.

قولُه: (لِمَا بَيَّنَّا)، إِشَارَةٌ إلىٰ ما ذكرَ قريبًا منْ أربعةَ عشرَ خَطًّا بقولِه: **(لِأَنَّ**

(١) فِي حاشية الْأَصْل: «خ: فِي حقهما».
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٢١].
(٣) وقع بالأصل: «فإنها». والمثبت من: النسخة الأم «د»، و«ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

قالَ: وَإِذَا صَالَحَ عَنْ دَارٍ؛ لَمْ يَجِبْ فِيهَا الشُّفْعَةُ مَعْنَاهُ: إِذَا كَانَ عَنْ إِنْكَارٍ أَوْ سُكُوتٍ؛ لِأَنَّهُ يَأْخُذُهَا عَلَىٰ أَصْلِ حَقِّهِ، وَيَدْفَعُ الْمَالَ دَفْعًا لِخُصُومَةِ الْمُدَّعِي، وَزَعْمُ الْمُدَّعِي لَا يَلْزَمُهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا صَالَحَ عَلَىٰ دَارٍ؛ حَيْثُ يَجِبُ فِيهَا الشُّفْعَةُ؛ لِأَنَّ الْمُدَّعِي يَأْخُذُهَا عِوَضًا عَنِ الْمَالِ، فَكَانَ مُعَاوَضَةً فِي حَقِّهِ، فَيَلْزَمُهُ الشُّفْعَةُ بِإِقْرَارِهِ، وَإِنْ كَانَ الْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ يُكَذِّبُهُ.

غاية البيان

الْمُدَّعِيَ يَأْخُذُهُ عِوَضًا عَنْ حَقِّهِ فِي زَعْمِهِ). إلىٰ آخرِه.

قولُه: (قالَ: وَإِذَا صَالَحَ عَنْ دَارٍ؛ لَمْ يَجِب فِيهَا الشُّفْعَةُ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصرِهِ»(١).

قال صاحبُ «الهداية» وغيرُه: **(مَعْنَاهُ: إِذَا كانَ عَنْ إِنْكَارٍ أَوْ سُكُوتٍ)**، وذلكَ لأنَّ الصُّلْح عن دارٍ إذا كانَ مع إِقْرَارِ المُدَّعَىٰ عليه؛ يَجِبُ فيها الشُّفْعَةُ؛ لوجودِ معنىٰ المُعَاوَضَةِ، وإنما لَمْ تجبِ الشُّفْعَةُ فيما نحنُ فيه؛ لأنَّ المُدَّعَىٰ عليْهِ [١٣/٦٥و/د] أعطَىٰ المالَ لدَفْعِ الخُصُومَةِ، لَا للمُعَاوَضَةِ، ولا يُصَدَّقُ عليْهِ المُدَّعِي في زعْمِه أنَّهُ أخَذَ المالَ عِوَضًا عن حقِّه مِنْ غيرِ بَيِّنَةٍ.

بخلافِ ما إذا صَالَحَ علىٰ دارٍ، حيثُ تَجِبُ فيها الشُّفْعَةُ، وإنْ كانَ علىٰ إنكارٍ؛ لأنَّ الذي في يدِه الدَّارُ يَزْعُمُ أنَّهُ ملَكَها بعِوَضٍ، والمرءُ مُؤاخَذٌ بزَعْمِه، فصارَ كأنَّه قالَ: اشتريتُها منه، فتَجِبُ فيها الشُّفْعَةُ.

وجملةُ القولِ: فيهِ ما قالَ الإمامُ الأَسْبِيْجَابيُّ في **«شرحِ الطَّحَاوِيِّ»** قالَ: «وإذا ادَّعَىٰ دارًا في يدِ رَجُلٍ، فصالَحَ معهُ علىٰ مالٍ مَعْلُوم، فإن كانَ الصُّلْحُ عن إِقْرَارٍ؛ تَجِبُ لِلشَّفِيعِ فيهِ الشُّفْعَةُ؛ لأنَّ صاحبَ اليد مُقِرٌّ بأنَّ الدَّارَ كانَتْ للمُدَّعِي، وإنَّما صارتْ لهُ بهذا الصُّلْحِ، فصارَ بمنزلةِ الشِّرَاءِ، فإن كانَ ما وقَع عليْهِ الصُّلْحُ مِثْليًّا؛

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٢١].

قالَ: وَإِذَا كَانَ الصُّلْحُ عَنْ إِقْرَارٍ، وَاسْتُحِقَّ بَعْضُ الْمَصَالِحِ ....

أخَذَها الشَّفيعُ بمِثْلِه مِنْ صاحبِ اليدِ، وإنْ كانَ غيرَ مِثْلِيٍّ أخَذَها بالقِيمَةِ.

وإنْ كانَ الصُّلْحُ عنْ إنكارٍ؛ فلَا شُفْعَةَ لِلشَّفِيعِ فيها؛ لأنَّ مِن زَعْمِ المُدَّعَىٰ عليْهِ أنَّ الدَّارَ كانَتْ له، وإنَّما بذَلَ المالَ للمُدَّعِي [٦/١٨٢و/م] لدَفْعِ بَاطِلِ خصومتِه، لَا بدلًا للدَّارِ، لكنِ الشَّفِيعُ يَقُومُ مقامَ المُدَّعِي، ولهُ أنْ يُدْلِيَ [١٣/٦٥ظ/د] بحُجّتِه، وإنْ أقامَ البَيِّنَةَ علىٰ صاحبِ الدَّارِ: أنَّ الدَّارَ كانَتْ للمُدَّعِي، أوْ حَلَّفَ المُدَّعَىٰ عليْهِ فنَكَلَ؛ فله الشُّفْعَةُ؛ لأنَّهُ تبَيَّنَ أنَّ الدَّارَ إنَّما حصلَتْ بِالصُّلْحِ، فصارَ بمنزلةِ الشِّرَاءِ.

وإنْ كانَ الصُّلْحُ وقَعَ علىٰ أرضٍ بعَيْنِها، أوْ علىٰ دارٍ بعَيْنِها للمُدَّعَىٰ عليه؛ وَجَبَ لِلشَّفِيعِ فيها الشُّفْعَةُ بقيمةِ الدَّارِ المتروكةِ، سواءٌ كانَ الصُّلْحُ عنْ إِقْرَارٍ، أوْ إنكارٍ؛ لأنَّ مِن زَعْمِ المُدَّعِي أنَّهُ إنَّما أخَذَها بدلًا عنِ الدَّارِ المتروكةِ، وأنَّ لِلشَّفِيعِ فيها الشُّفْعَةَ، فاستوىٰ في المأخوذةِ حُكْمُ الإِقْرَارِ والإنكارِ، واختلَفَ في المتروكةِ حُكْمُ الإِقْرَارِ والإنكارِ.

ولوْ صَالَحَ مِن دعواهُ في الدَّارِ علىٰ منافعَ، لَا علىٰ عينِ مالٍ؛ فلَا شُفْعَةَ في المتروكةِ، سواءٌ كانَ الصُّلْحُ عن إِقْرَارٍ، أوْ إنكارٍ؛ لأنَّ بدَلَ الدَّارِ ليسَ بعينِ مالٍ، ولوْ اصطَلَحا علىٰ أنْ يَأْخُذَ المُدَّعِي [٢/٤٠٤ظ] الدَّارَ، ويُعْطيَه[1] دارًا أُخرىٰ؛ فيَجِبُ في كلِّ واحدةٍ مِن الداريْنِ الشُّفْعَةُ بقيمةِ الدَّارِ الأُخرىٰ إذا كانَ الصُّلْحُ عنْ إنكارٍ؛ لأنَّ الصُّلْحَ إذا كانَ عنْ إنكارٍ؛ كانَتْ هذه مُبَادَلَةَ دارٍ بدارٍ، ولوْ كانَ الصُّلْحُ مِثْل هذا عنْ إِقْرَارٍ؛ فلَا يَصِحُّ الصُّلْحُ، ولا تَجِبُ الشُّفْعَةُ فيهما جميعًا؛ لأنَّ الداريْنِ جميعًا مِلْكٌ للمُدَّعِي[2]. كذا في «شرحِ **الطَّحَاوِيِّ**».

قولُه [١٣/٦٦و/د]: (قالَ: وَإِذَا كانَ الصُّلْحُ عَنْ إِقْرَارٍ، وَاسْتُحِقَّ بَعْضُ الْمَصَالِحِ

---

(١) وقع بالأصل: «أو يعطيه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».
(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق/٢٤٩].

عَنْهُ ؛ رَجَعَ الْمُدَّعَىٰ عليْهِ بِحِصَّةِ ذَلِكَ مِنَ الْعِوَضِ ؛ لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ مُطْلَقَةٌ كَالْبَيْعِ ، [٨٩/ظ] وَحُكْمُ الِاسْتِحْقَاقِ فِي الْبَيْعِ هَذَا .

غاية البيان

عَنْهُ ؛ رَجَعَ الْمُدَّعَىٰ عليْهِ بِحِصَّةِ ذَلِكَ مِنَ الْعِوَضِ) ، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصرِهِ»[١] ، وذلكَ لأنَّ الصُّلْحَ عنْ إِقْرَارٍ مُعَاوَضَةٌ ، فصارَ كَالبَيْعِ سواءً ، فإذا استُحِقَّ بعضُ المَبِيعِ ؛ رَجَعَ بحِصَّةِ ذلكَ مِنَ العِوَضِ ، فكذلكَ هُنا يرْجِعُ المُدَّعَىٰ عليْهِ علىٰ المُدَّعِي بقَدْرِ المُسْتَحقِّ مِنَ العِوَضِ . أي: مِنْ بدلِ الصُّلْحِ ، هذا إذا استُحِقَّ بعضُ المصالَحِ عنه .

أَمَّا إذا استُحِقَّ كلُّ المصالَحِ عَنْه عنْ إِقْرَارٍ ؛ رجَعَ المُدَّعَىٰ عليْهِ علىٰ المُدَّعِي بكلِّ العِوَضِ ، كما في البَيْعِ ، وهذا في الصُّلْحِ عنْ إِقْرَارٍ .

أَمَّا إذا كانَ الصُّلْحُ عنْ إنكارٍ ، أوْ سكوتٍ ، فإنِ استُحِقَّ المصالَحُ عَنْه كلّه ؛ رَدَّ المُدَّعِي بدلَ الصُّلحِ كلّه علىٰ المُدَّعَىٰ عليه ، ورجَعَ بالخُصُومَةِ علىٰ المُسْتَحقِّ ؛ لأنَّ المُدَّعَىٰ عليْهِ إنَّما أعطاه المالَ لِيُسْقِطَ الخُصُومَةَ عنْ نفسِه ، ويدْفَعُ اليَمِينَ .

[٦/١٨٢ظ/م] فلَمَّا استُحِقَّ المصالَحُ عنه ؛ ظهَرَ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ للمُدَّعِي علىٰ المُدَّعَىٰ عليْهِ حَقٌّ ، لَا خُصُومَةَ ولا يَمِين ، فما أَخَذه أخَذَه بغيرِ حقٍّ ، فلزمَه رَدُّ ما أخَذَه ، ثُمَّ يرْجِعُ بالخُصُومَةِ علىٰ المُسْتَحقِّ إنْ شاءَ ؛ لأنَّ الدَّارَ في يدِه ، وإنِ استُحِقَّ [١٣/٦٦ظ/د] بعضُ المصالَحِ عَنْه ثُلثًا كانَ أوْ رُبعًا أوْ نحوَ ذلكَ ؛ رَدَّ المُدَّعِي مِنَ العِوَضِ علىٰ المُدَّعَىٰ عليْهِ بقَدْرِ ذلك ، ورجَعَ بالخُصُومَةِ في ذلكَ القَدْرِ علىٰ المُسْتَحقِّ ، كما لوِ استُحِقَّ بعضُ المَبِيع .

وذلكَ لأنَّه خَلا العِوَضُ [عن المَبِيعِ][٢] في ذلكَ القَدْرِ عنِ الغرَضِ ؛ لأنَّ

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/١٢١] .

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن» ، و«م» ، و«تح» ، و«غ» .

وَإِنْ وَقَعَ الصُّلْحُ عَنْ سُكُوتٍ، أَوْ إِنْكَارٍ، فَاسْتُحِقَّ الْمُتَنَازَعَ فِيهِ؛ رَجَعَ الْمُدَّعِي بِالْخُصُومَةِ، وَرَدَّ الْعِوَضَ؛ لِأَنَّ الْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ مَا بَذَلَ الْعِوَضَ إِلَّا لِيَدْفَعَ خُصُومَتَهُ عَنْ نَفْسِهِ، فَإِذَا ظَهَرَ الِاسْتِحْقَاقُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ لَا خُصُومَةَ لَهُ؛ فَيَبْقَىٰ الْعِوَضُ فِي يَدِهِ غَيْرَ مُشْتَمِلٍ عَلَىٰ غَرَضِهِ فَيَسْتَرِدُّهُ، وَإِنِ اسْتُحِقَّ بَعْضُ ذَلِكَ؛ رَدَّ حِصَّتَهُ، وَرَجَعَ بِالْخُصُومَةِ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ خَلَا الْعِوَضُ فِي هَذَا الْقَدْرِ عَنِ الْغَرَضِ.

وَلَوِ اسْتُحِقَّ الْمُصَالَحُ عليْهِ بِإِقْرَارٍ؛ رَجَعَ بِكُلِّ الْمُصَالَحِ عَنْهُ؛ لِأَنَّهُ مُبَادَلَةٌ، وَإِنْ اسْتَحَقَّ بَعْضَهُ رَجَعَ بِحِصَّتِهِ.

غاية البيان

غَرَضَ الْمُدَّعَىٰ عليْهِ مِنْ دَفْعِ العِوَضِ بقاءُ المصالَحِ عَنْه علىٰ مِلْكِه، فإذا اسْتُحِقَّ بعضٌ منه بظهورِ المُسْتَحِقِّ؛ خلا مِنَ العِوَضِ بقَدْرِ ذلكَ عنِ الغرَضِ، فلذلكَ يَرُدُّ المُدَّعِي ذلكَ القَدْرَ مِنَ العِوَضِ.

قولُه: (وَإِنْ وَقَعَ الصُّلْحُ عَنْ سُكُوتٍ، أَوْ إِنْكَارٍ، فَاسْتُحِقَّ الْمُتَنَازَعَ فِيهِ؛ رَجَعَ الْمُدَّعِي بِالْخُصُومَةِ، وَرَدَّ الْعِوَضَ)، هذا لفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصرِه»[1]، وقد مَرَّ بيانُه آنفًا.

قولُه: (وَإِنِ اسْتُحِقَّ بَعْضُ ذَلِكَ؛ رَدَّ حِصَّتَهُ، وَرَجَعَ بِالْخُصُومَةِ فِيهِ)، هذا لفظ القُدُورِيِّ[1]، وقد مَرَّ البيانُ أيضًا.

قولُه: (وَلَوِ اسْتُحِقَّ الْمُصَالَحُ عليْهِ بِإِقْرَارٍ؛ رَجَعَ بِكُلِّ الْمُصَالَحِ عَنْهُ)، ذكرَ هذا تفريعًا علىٰ مسألة القُدُورِيِّ.

يَعْنِي: أنَّ هذا الذي ذكرْناه فيما إذا استُحِقَّ المصالَحُ عَنْه كلُّه، أوْ بعْضُه في صورَتَي الإقْرَارِ والإنكارِ.

أَمَّا إذا استُحِقَّ المصالَحُ عليْهِ عنْ إِقْرَارٍ، فإنِ استُحِقَّ كلُّه: رَجَعَ بكلِّ المُصَالَحِ

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٢١].

وَإِنْ كَانَ الصُّلْحُ عَنْ إِنْكَارٍ أَوْ سُكُوتٍ[1] رَجَعَ إِلَىٰ الدَّعْوَىٰ فِي كُلِّهِ أَوْ بِقَدْرِ الْمُسْتَحَقِّ إِذَا اسْتَحَقَّ بَعْضَهُ ؛ لِأَنَّ الْمُبْدَلَ فِيهِ هُوَ الدَّعْوَىٰ ، وَهَذَا بِخِلَافِ

غاية البيان

عنه ، وإنِ استُحِقَّ بعضُه [١٣/٦٧و/د]: رجَعَ بذلكَ القَدْرِ ، وإنِ استُحِقَّ كلُّ المُصَالَحِ عليْهِ عنْ إنكارٍ: رجَعَ المُدَّعِي إلىٰ الدَّعْوىٰ في كلِّ المُصَالَحِ عنهُ ؛ لأنَّهُ إنَّما ترَك الدَّعْوىٰ علىٰ أنْ يُسَلِّمَ لهُ المالُ الذي أخَذَه ، فلَمَّا لَمْ يُسَلَّمْ لهُ ذلكَ ؛ رجَعَ إلىٰ المُبْدَلِ ، وهوَ دعوىٰ المتنازَعِ فيهِ.

وإنِ استُحِقَّ البعضُ: رجَعَ بقَدْرِ ذلكَ إلىٰ الدَّعْوىٰ المُدَّعَىٰ عليه ؛ لأنَّ البَدَلَ لَمْ يُسَلَّمْ لهُ في هذا القَدْرِ ، وهذا بخلافِ ما إذا باعَ منه علىٰ الإنكارِ شيئًا ، ثُمَّ استُحِقَّ ذلكَ الشيءُ ، حيثُ يرْجِعُ بالمدَّعَىٰ.

صورتُه: ادَّعَىٰ دارًا فصالَحه المُدَّعَىٰ عليْهِ علىٰ بَيْعِ ثوبٍ بها ، فاسْتُحِقَّ الثَّوْبُ مِنْ يدِ المُدَّعِي ؛ يَرْجِعُ المُدَّعِي علىٰ المُدَّعَىٰ عليْهِ بالمدعىٰ ، وهوَ الدَّارُ ، وذلكَ لأنَّ الإقدامَ علىٰ البَيْعِ إِقْرَارٌ بِالمِلْكِ في الدَّارِ [٢/٤٠٥و] للمُدَّعِي ، والصُّلْحُ عنها علىٰ شيءٍ ليسَ بإقرارٍ ؛ لأنَّ الصُّلْحَ قد يَكُونُ لدَفْعِ الخُصُومَةِ.

أَلَا ترىٰ إلىٰ ما ذكرَ في «**الشامل**»: «ادَّعَىٰ علىٰ آخرَ ألفًا ، فأنكرَ ثُمَّ صَالَحه منه علىٰ أنْ باعَه بها عبدًا ؛ جازَ ، وأنَّه إِقْرَارٌ بالدَّيْنِ ، بخلافِ [٦/١٨٣و/م] ما لوْ صَالَحه علىٰ عبْدٍ ؛ لَمْ يَكُنْ إقرارًا ، وذلكَ لأنَّ البَيْعَ تمليكٌ بإزاءِ تمليكٍ ، فيَسْتَدْعِي المِلْكَ ، بخلافِ الصُّلْحِ [١٣/٦٧ظ/د] ؛ لأنَّهُ إسقاطٌ».

ونَقَلَ الأُسْتَرُوشَنِيُّ في الفصلِ السابعِ مِنَ «**الفصولِ**» عنْ بابِ الصُّلْحِ والغُرورِ مِنَ «**الجامعِ الكبيرِ**»: «ادَّعَىٰ علىٰ آخرَ عينًا ، فصالَحه مِنْ ذلكَ علىٰ دارٍ عنْ إنكارٍ ، وبنَىٰ المُدَّعِي فيها بناءً ، ثُمَّ استُحِقَّتِ الدَّارُ ؛ رجَعَ المُدَّعِي في دعواه ؛ لأنَّ الصُّلْحَ

(١) قوله: «أو سكوت» كتب في الحاشية وتحته (خ).

مَا إِذَا بَاعَ مِنْهُ عَلَىٰ الْإِنْكَارِ شَيْئًا حَيْثُ يَرْجِعُ بِالْمُدَّعَىٰ ؛ لِأَنَّ الْإِقْدَامَ عَلَىٰ الْبَيْعِ إِقْرَارٌ مِنْهُ بِالْحَقِّ لَهُ ، وَلَا كَذَلِكَ الصُّلْحُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَقَعُ لِدَفْعِ الْخُصُومَةِ .

غاية البيان

انتقَضَ باستحقاقِ البَدَل .

فإنْ لَمْ يَكُنْ لهُ بَيِّنَةٌ في دعواه ؛ فلا[1] يَرْجِعُ بشيءٍ ، وإنْ أقامَ البَيِّنَةَ أوْ حَلَّفه ، فنَكَلَ عنِ اليَمِينِ ، وأخَذَ العينَ المُدَّعَىٰ ؛ فله أنْ يَرْجِعَ عليْهِ بقيمةِ البناءِ في الدَّارِ المُسْتحقّةِ ؛ لأنَّهُ قد ظهَر أنَّ الآخرَ غرَّه بتمليكِها إيّاه ، فكانَ بمنزلةِ البَائِع ، فكانَ للمُدَّعِي أنْ يَرْجِعَ عليْهِ بقيمةِ البناءِ .

ولو ادَّعَىٰ دارًا ، فصالَحه منها علىٰ دارٍ أُخرىٰ ، وبنَىٰ كلُّ واحدٍ بناءً في الدَّارِ التي في يدَيْه ، ثُمَّ استُحِقَّتِ الدَّارُ التي هيَ بدلُ الصُّلْحِ ؛ يَرْجِعُ في دعواهُ لِمَا مَرَّ ، إلَّا أنَّ هاهنا إذا أقامَ المُدَّعِي بَيِّنَةً علىٰ دعواه ، أوْ حَلَّفه ، فنَكَلَ عنِ اليَمِينِ ؛ يَرْجِعُ عليْهِ بقيمةِ البناءِ في الدَّارِ التي كانَتْ بدلَ الصُّلْحِ ، ولا يَرْجِعُ عليْهِ بالدارِ المُدَّعَىٰ بها ، وإنما يَرْجِعُ عليْهِ بقيمةِ الدَّارِ المُدَّعاةِ .

وليسَ لهُ أنْ يَنْقُضَ بناءَه عندَ [١٣/٦٨و/د] أبي حَنِيفَةَ ؛ لأنَّ مِنْ أَصْلِه: أنَّ مَن اشْتَرَىٰ دارًا شِرَاءً فاسدًا ، وبنَىٰ فيها ؛ تَصِيرُ الدَّارُ مُسْتهلكةً ، ويَبْطُلُ حقُّ البَائِع في الاِسْتِرْدَادِ ، ويَغْرَمُ القِيمَةَ .

وعندَهما: لهُ أنْ يَنْقضَ بناءَه ، ويَسْتَرِدَّ الدَّارَ ؛ لأنَّ الدَّارَ المُشْتَرَاةَ شِرَاءً فاسدًا لَا تَصِيرُ مُسْتهلكةً بالبناءِ فيها ، فلهُ أنْ يَنْقضَ بناءَه ، ويَأْخُذَ الدَّارَ ، هذا إذا استُحِقَّتِ الدَّارُ التي هيَ بدلُ الصُّلْحِ .

فإنِ استُحِقَّتِ الدَّارُ المدَّعاةُ ؛ فليسَ لهُ أنْ يَرْجِعَ بقيمةِ البناءِ علىٰ المُدَّعِي ؛ لأنَّ في زَعْمِه أنَّهُ بنَىٰ في مِلْكِ نفسِه ، وأنه غيرُ مغْرُورٍ ، ولكنَّه يَرْجِعُ علىٰ المُدَّعِي

(١) وقع بالأصل: «ولا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

وَلَوْ هَلَكَ بَدَلُ الصُّلْحِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ؛ فَالْجَوَابُ فيهِ كَالْجَوَابِ فِي الِاسْتِحْقَاقِ فِي الْفَصْلَيْنِ.

قَالَ: وَإِنِ ادَّعَىٰ حَقًّا فِي دَارٍ وَلَمْ يُبَيِّنْهُ، فَصُولِحَ مِنْ ذَلِكَ، ثُمَّ اسْتُحِقَّ بَعْضُ الدَّارِ؛ لَمْ يَرُدَّ شَيْئًا مِنَ الْعِوَضِ؛ لِأَنَّ دَعْوَاهُ يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ فِيمَا بَقِيَ،

غاية البيان

بقيمةِ الدَّارِ التي هيَ بدلُ الصُّلْحِ.

وليسَ لهُ أنْ يَسْتَرِدَّ بدلَ الصُّلْحِ عندَ أبي حَنِيفَةَ؛ لأنَّ المُدَّعِيَ ملَكَها مِنْ جهتِه مِلْكًا فاسدًا، وبنَىٰ فيها، فانقطَعَ حقُّ المُدَّعِىٰ عليْهِ في الِاسْتِرْدَادِ(١).

وعندَهما: لهُ أنْ يَأْخُذَ عينَ الدَّارِ؛ لأنَّ البناءَ لَمْ يُبْطِلْ حقَّه في الِاسْتِرْدَادِ»(٢). كذا ذكرَ هذه المسائلَ في «**الجامعِ الكبيرِ**».

وهذه المسائلُ تَدُلُّ علىٰ أنَّ مَنِ اشْتَرَىٰ دارًا شِرَاءً فاسدًا، وبنَىٰ فيها، ثُمَّ استُحِقَّتْ؛ يَرْجِعُ [١٣/٦٨ظ/د] بقيمةِ البناءِ علىٰ البَائِعِ، كما في البَيْعِ الصحيحِ، ويَنْبَغِي أنْ يَكُونَ كذلكَ لتحقُّقِ الغرورِ، والمسألةُ كانَتْ واقعةَ الفتوىٰ بسمرقند(٣). كذا في [٦/١٨٣ظ/م] «**الفصولِ**».

قولُه: (وَلَوْ هَلَكَ بَدَلُ الصُّلْحِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ؛ فَالْجَوَابُ فيهِ كَالْجَوَابِ فِي الِاسْتِحْقَاقِ فِي الْفَصْلَيْنِ)، أي: فَصْلَيِ الإِقْرَارِ والإنكارِ.

قولُه: (قَالَ: وَإِنِ ادَّعَىٰ حَقًّا فِي دَارٍ وَلَمْ يُبَيِّنْهُ، فَصُولِحَ مِنْ ذَلِكَ، ثُمَّ اسْتُحِقَّ بَعْضُ الدَّارِ؛ لَمْ يَرُدَّ شَيْئًا مِنَ الْعِوَضِ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «**مختصرِه**»(٤)،

---

(١) ينظر: «المبسوط» [٢٠/٥٥، ٧٣]، «الفقه النافع» [٣/١٢٧٠]، «**بدائع الصنائع**» [٥/٦٥]، «**تبيين الحقائق**» [٥/٤٠، ٤١]، «الجوهرة النيرة» [١/٤١٥].

(٢) ينظر: «الجامع الكبير» لمحمد بن الحسن [ص/٣٣٢ - ٣٣٣].

(٣) ينظر: «الفصول» الأُسْتَرُوشَنِيُّ [ق/٣٥].

(٤) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/١٢١].

بِخِلَافِ مَا إِذَا اسْتَحَقَّ كُلَّهُ ؛ لِأَنَّهُ يَعْرَىٰ الْعِوَضُ عِنْدَ ذَلِكَ عَنْ شَيْءٍ يُقَابِلُهُ عَلَىٰ مَا قَدَّمْنَاهُ فِي الْبُيُوعِ.

وَلو ادَّعَىٰ دارًا، فَصَالَحَ عَلَىٰ قِطْعَةٍ مِنْهَا؛ لَمْ يَصِحَّ ؛ لأنَّ مَا [٢/٤٠٥ظ] قَبَضَهُ عَيْنُ حَقِّهِ، وهوَ عَلَىٰ دعواهُ فِي الْبَاقِي.

غاية البيان

وذلكَ لأنَّ باستحقاقِ بعضِ الدَّارِ لَا يتَبَيَّنُ أنَّ الحقَّ المُدَّعَاةَ مِنَ الدَّارِ استُحِقَّتْ ؛ لجوازِ أنْ يَكُونَ ذلكَ الحقُّ في البَاقِي بعدَ الِاسْتِحْقَاقِ، بخلافِ ما إذا استُحِقَّ جميعُ الدَّارِ، حيثُ يَرْجِعُ على المُدَّعِي بما أخَذَه ؛ لأنَّهُ تبَيَّنَ أنَّهُ أخَذَ ما أخَذَه بغيرِ حقٍّ.

قولُه: (عَلَىٰ مَا قَدَّمْنَاهُ فِي الْبُيُوعِ)، أي: في آخرِ بابِ الِاسْتِحْقَاقِ.

قولُه: (وَلو ادَّعَىٰ دَارًا، فَصَالَحَ عَلَىٰ قِطْعَةٍ مِنْهَا؛ لَمْ يَصِحَّ ؛ لأنَّ مَا [٢/٤٠٥ظ] قَبَضَهُ عَيْنُ حَقِّهِ، وهوَ [عَلَىٰ][1] دعواهُ فِي الْبَاقِي)، أي: في بَاقِي الدَّارِ.

قالَ صاحبُ «الهدايةِ»: (وَالْوَجْهُ فِيهِ: أَحَدُ أَمْرَيْنِ)، أي: وَجْهُ الصحةِ ـ وهوَ الحِيلةُ في صحةِ [١٣/٦٩و/د] الصُّلْحِ ـ أحدُ أمرَيْنِ، إمَّا زيادةُ درهمٍ في بدلِ الصُّلْحِ، حتىٰ يَكُونَ ذلكَ بمقابلةِ البَاقِي بعدَ تلكَ القطعةِ، أوْ قولُ المُدَّعِي: بَرِئْتُ عنْ بَاقِي الدَّارِ، وعنْ دعوىٰ البَاقِي، وإنَّما ذكرَ هذه المسألةَ تفريعًا علىٰ مسألةِ القُدُورِيِّ.

قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ في بابِ الصُّلْحِ في العَقَارِ مِنْ «شرحِ الكافي»: «وإنْ صَالَحَ علىٰ بيتٍ منها، أوْ علىٰ سُكْنَىٰ بيتٍ منها، أوْ مِنْ غيرِها سنينَ معلومةً؛ جازَ؛ لأنَّهُ إنْ وقَعَ علىٰ بيتٍ مِن غيرِها؛ يَكُون بيعًا، وعلىٰ سُكْنَىٰ بيتٍ مِنْ غيرِها، يَكُونُ إجَارةً علىٰ بدلٍ مَعْلُومٍ في زَعْمِ المُدَّعِي، فيَجُوزُ.

وإنْ كانَ علىٰ بيتٍ منها، [أوْ علىٰ سُكْنَىٰ بيتٍ منها][2] ؛ يَكُونُ اسْتِيفَاءً لبعضِ

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

وَالْوَجْهُ(١) فِيهِ أَحَدُ أَمْرَيْنِ: إِمَّا أَنْ يَزِيدَ دِرْهَمًا فِي بَدَلِ الصُّلْحِ؛ فَيَصِيرَ ذَلِكَ عِوَضًا عَنْ حَقِّهِ فِيمَا بَقِيَ، أَوْ يَلْحَقَ بِهِ ذِكْرُ الْبَرَاءَةِ عَنْ دَعْوَى الْبَاقِي، وَاللهُ أَعْلَمُ.

غاية البيان

[حقِّه](٢)، أو اسْتِيفَاءً لبعضِ منافعِ حقِّه، وتَرْكًا للبَاقِي، وفي زَعْمِ المُدَّعَىٰ عليْهِ يَكُونُ البَدَلُ رِشْوةً في الوجهَيْنِ؛ لصيانةِ ماءِ وجْهِه، فيَسْتَقِيمُ في الجانبَيْنِ.

ولوْ أرادَ المُدَّعِي أنْ يدَّعِيَ البقيةَ(٣)؛ ليسَ لهُ ذلكَ إنْ كانَ الصُّلْحُ علىٰ غيرِ المُدَّعَىٰ؛ لأنَّهُ وَصَلَ إليهِ كلُّ حقِّه باعتبارِ بدَلِه، وإنْ [١٣/٦٩ظ/د] كانَ الصُّلْحُ علىٰ بعضِ المُدَّعَىٰ؛ لهُ ذلكَ؛ لأنَّ حقَّه لَا يَبْطُلُ بالتركِ، ولوْ كانَ الدَّعْوىٰ في الدَّيْنِ، لَا يَكُونُ لهُ ذلكَ، فيَكُونُ ذلكَ بمنزلةِ الإبراءِ». إلىٰ هنا لَفْظُ «**شرحِ الكافي**».

وقالَ في الفصلِ الرابع عشر مِن دعوىٰ «**خلاصةِ الفتاوىٰ**»: «وعنْ محمدٍ رحمه الله: لوْ قالَ الرَّجُلُ لآخرَ: أبرأْتُك مِنْ هذهِ الدَّارِ، أوْ مِنْ خصومتي في هذه الدَّارِ، ومِنْ دعوايَ، أوْ بَرِئْتُ مِنْ هذه الدَّارِ؛ جازَ ولا حقَّ لهُ فيها»(٤).

فَعُلِمَ بهذا: أنَّ ما قالَه بعضُهم في «**شرحِه**» ناقلًا عن «**الذخيرةِ**»: **أنَّ صورةَ** الإبراءِ أنْ يَقُولَ: «بَرِئْتُ مِنْ هذهِ الدَّارِ، أوْ بَرِئْتُ مِنْ دعوايَ في هذه [٦/١٨٤و/م] الدارِ، لَا قولُه: أبرأْتُك عنْ هذه الدَّارِ، أوْ عنْ خصومتي في هذه الدَّارِ؛ لأنَّ ذلك بَاطِلٌ»!

فيه نَظَرٌ؛ لأنَّ معناه: ألَّا تُسْمَعَ بَيِّنَتُه على المخاطَبِ في دعوىٰ الدَّارِ بعدَ قولِه: أبرأْتُك، ولكنْ تُسْمَعُ علىٰ غيرِه، ولا تَكُونُ البَرَاءَةُ ثابتةً في حقِّ غيرِه، بلْ يَكُونُ باطلًا في حقِّ غيرِه؛ لأنَّهُ خاطَبَه خاصةً، بخلافِ قولِه: بَرِئْتُ، حيثُ لَا

(١) فِي حاشية الأَصْل: «خ: والمخرج».
(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».
(٣) وقع بالأصل: «يدَّعِيَ البينة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».
(٤) ينظر: «خلاصة الفتاوىٰ» للبخاري [ق/٢٨٦].

. . . .

تُسْمَعُ بَيِّنَتُه، لَا عليْهِ ولا علىٰ غيرِه.

أَلَا ترىٰ إلىٰ ما ذكرَ في «**الواقعاتِ الحُسَاميَّةِ**»، في بابِ الدَّعْوىٰ بعلَامةِ الواوِ[1]: «رَجُلٌ ادَّعَىٰ علىٰ رَجُلٍ دارًا، أوْ عبدًا، ثُمَّ قالَ المُدَّعِي [١٣/٧٠و/د] للمُدَّعَىٰ عليه: أبرأْتُك عنْ هذه الدَّارِ، أوْ عنْ خصومتي في هذه الدَّارِ، أوْ عنْ دعواي في هذه الدَّارِ، فهذا كلُّه بَاطِلٌ، حتىٰ لو ادَّعَىٰ بعدَ ذلكَ يُسْمَعُ، ولوْ أقامَ البَيِّنَةَ يُقْبَلُ، بخلافِ ما لوْ قالَ: بَرِئْتُ مِنْ هذه الدَّارِ، أو قالَ: بَرِئْتُ مِنْ دعواي في هذه الدَّارِ؛ لَا تُقْبَلُ بَيِّنَته بعدَ ذلكَ.

وكذلكَ إذا قالَ: أنا بريءٌ مِنْ هذا العبدِ، أوْ خرجْتُ، فليسَ لهُ أنْ يدَّعِيَ بعدَ ذلك؛ لأنَّ قولَه: «أبرأْتُك عنْ خصومَتي في هذه الدَّارِ» خِطَابُ الواحدِ؛ فله أنْ يُخَاصِمَ غيرَه في ذلكَ، بخلافِ قوله: بَرِئْتُ؛ لأَنَّهُ أضافَ البَرَاءَةَ إلىٰ نفسِه مطلقًا، فيَكُونُ هوَ بريئًا». إلىٰ هنا لَفْظُ «**الواقعاتِ**».

فَعُلِمَ بهذا التعليلِ: أنَّ المرادَ مِنَ البطلانِ المذكورِ في «**الذخيرةِ**»: صحةُ الدَّعْوىٰ علىٰ غيرِ المخاطَبِ، وسماعُ البَيِّنَةِ علىٰ غيرِه بعدَ إبراءِ المخاطَبِ.

---

(١) يعْنِي بـ: «عَلَامة الواو»: ما رمَزَ به حُسامُ الدِّين المعروف بـ: الصدر الشهيد في كتابه «الواقعات/ الفتاوىٰ الكبرىٰ» إلىٰ كتاب: «الواقعات» للناطِفِيّ. هكذا نصَّ عليه الصدرُ الشهيد في ديباجة كتابه. ينظر: «الفتاوىٰ الكبرىٰ= الواقعات» للصدر الشهيد [ق ٣/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٠٨٦)]، و«كشف الظنون» لحاجي خليفة [١٢٢٨/٢].

فَصْلٌ

وَالصُّلْحُ جَائِزٌ عَنْ دَعْوَى الْأَمْوَالِ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الْبَيْعِ عَلَى مَا مَرَّ.

غاية البيان

فَصْلٌ

لَمَّا ذكرَ قَبْل هذا مشروعيةَ الصُّلْحِ وأنواعَه الثلاثةَ: ذكرَ في هذا الفصلِ ما يَجُوزُ عَنْه الصُّلْحُ وما لَا يَجُوزُ.

قولُه: (وَالصُّلْحُ جَائِزٌ عَنْ دَعْوَى الْأَمْوَالِ)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ [٤٠٦/٢و] في «مختصرِهِ»، وتمامُه فيه: «والمنافعِ، وجنايةِ [٧٠/١٣ظ/د] العَمْدِ والخطأِ»[1].

أَمَّا جوازُه عنْ دعوى المالِ: فَلِما رُوِيَ أن عُثْمَانَ رضي الله عنه: «صَالَحَ تُمَاضِرَ امْرَأَةَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ عَنْ رُبُعِ ثُمُنِهَا عَلَى ثَلَاثَةٍ وَثَمَانِينَ ألفَ درهمٍ»[2]. وكانَ ذلكَ بحَضْرةِ الصحابةِ مِنْ غيرِ نكيرٍ، وسيَجِيءُ ذلكَ في فصْلِ التخارُجِ، ولأنَّ الصُّلْحَ عنِ الأموالِ في معنى البَيْعِ، فما جازَ بَيْعُه جازَ الصُّلْحُ عنه.

أَمَّا معنى البَيْعِ في الصُّلْحِ عن إِقْرَارٍ: فظاهرٌ؛ لأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ مِنَ الجانِبَيْنِ، وفي الصُّلْحِ عنْ إنكارٍ أوْ سكوتٍ؛ لأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ في زَعْمِ المُدَّعِي؛ لأَنَّهُ يَأْخُذُ ما يَأْخُذُه عِوَضًا عنْ حقِّه، فكانَ فيهِ معنى البَيْعِ أيضًا.

وأَمَّا الصُّلْحُ عنْ دعوى المنافعِ: فلأَنَّه يَجُوزُ أَخْذُ العِوَضِ عنها في العُقُودِ، فكذلكَ بِالصُّلْحِ، أصْلُه: الأعيانُ.

قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ في [١٨٤/٦ظ/م] «شرحِ الكافي» - في

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/١٢١].

(٢) أخرجه: سعيد بن منصور في «سننه» [٤١/٢]، عن عَبْد الرَّحْمَنِ بْن عَوْفٍ رضي الله عنه في سياق قصة، وفيه: «فَارْتَفَعُوا إِلَى عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ رضي الله عنه، وَكَانَ ذَلِكَ فِي الْعِدَّةِ، فَوَرَّثَهَا مِنْهُ، فَصَالَحُوهَا مِنْ نَصِيبِهَا رُبُعَ الثَّمَنِ عَلَى ثَمَانِينَ أَلْفًا».

وَالْمَنَافِعِ؛ لِأَنَّهَا تَمَلَّكُ بِعَقْدِ الْإِجَارَةِ فَكَذَا بِالصُّلْحِ، وَالْأَصْلُ فِيهِ أَنَّ الصُّلْحَ يَجِبُ حَمْلُهُ عَلَىٰ أَقْرَبِ الْعُقُودِ إِلَيْهِ وَأَشْبَهِهَا بِهِ احْتِيَالًا لِتَصْحِيحِ تَصَرُّفِ الْعَاقِلِ مَا أَمْكَنَ.

غاية البيان

بابِ الصُّلْحِ في الوصايا ـ: «وإذا أوصىٰ الرَّجُلُ لرَجُلٍ بخدمةِ عبْدِه سَنَةً، وهوَ يَخْرُجُ مِنْ ثُلُثِ مالِه[1]، فصالَحه الوَارِثُ مِنْ خدمتِه علىٰ دراهمَ، أوْ علىٰ سُكْنَىٰ بيتٍ، أوْ علىٰ خدمةِ عبْدٍ آخرَ، أوْ علىٰ رُكُوبِ دَابَّةٍ، أوْ علىٰ لُبْسِ ثوبٍ شهرًا؛ فهوَ جائزٌ، والقياسُ: ألَّا يَجُوزَ؛ لأنَّ المُوصَىٰ لهُ بمنزلةِ المُسْتَعِيرِ، والمُسْتَعِيرُ لَا يَقْدِرُ علىٰ تمليكِ المَنْفَعَةِ مِن أحدٍ ببدَلٍ.

ولهذا لوْ آجَرَ منهمْ لَا يَصِحُّ، إلَّا أنَّا نقول [١٣/٧١و/د]: بأنَّ هذا ليسَ بتمليكِ إياهم ببدلٍ، بلْ هوَ إسقاطُ حقِّه الذي وَجَبَ لهُ بعَقْدِ الوَصِيَّةِ ببدلٍ، ولفظةُ الصُّلْحُ: لفظةٌ تَحْتَمِلُ التَّمْلِيكَ، وتَحْتَمِلُ الإسْقَاطَ، فإنْ لَمْ يُمْكِنْ تصحيحُه تمليكًا؛ أمْكَنَ تصحيحُه إسقاطًا، فصَحَّحْناهُ إسقاطًا، وهوَ حَقٌّ مُعْتَبَرٌ يُوازِي المِلْكَ، فاحتمَلَ التقويمَ بالشَّرْطِ؛ ولهذا جازَ الصُّلْحُ علىٰ خدمةِ عبْدٍ آخرَ، فلوْ كانَ هذا تمليكًا؛ لكانَ باطلًا؛ لأنَّ بَيْعَ الخدمةِ بالخدمةِ لَا يَجُوزُ.

وكذلكَ لوْ فعَلَ ذلكَ وَصِيُّ الوَارِثِ الصغيرُ؛ لأنَّهُ تصرُّفٌ نافعٌ في حقِّه، فإنْ ماتَ العبدُ المُوصَىٰ بخدمتِه بعدما قبَضَ المُوصَىٰ لهُ ما صالحُوه عليه؛ فهو جائزٌ؛ لأنَّهُ عَقْدُ إسقاطٍ، وقد تَمَّ بالموتِ؛ لأنَّ حقَّه في منفعتِه ما دامَ حَيًّا، وقد أُسْقِطَ كلُّ ذلكَ بِالصُّلْحِ، فسَلِمَ لهُ بهِ، بخلافِ ما إذا آجَرَ عبدًا مُدَّة، ثُمَّ ماتَ قبْلَ مُضِيِّ المُدَّةِ؛ فإنَّ ثَمَّةَ لَمْ يُسَلَّمْ جميع ما قُوبِلَ بالمُبْدَل، فلَا يُسَلَّمُ البَدَلُ أيضًا في مقابلتِه له».

قولُه: (وَالْمَنَافِعِ)، بالجرِّ، أي: الصُّلْحُ جائزٌ عن دعوىٰ المنافعِ.

(١) وقع بالأصل: «من ثلثه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

قالَ: وَيَصِحُّ عَنْ جِنَايَةِ الْعَمْدِ وَالْخَطَإِ ....

غاية البيان

قولُه: (قالَ: وَيَصِحُّ عَنْ جِنَايَةِ الْعَمْدِ وَالْخَطَإِ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصرِهِ»[١].

قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ في «شرحِ الكافي»: «والصُّلْحُ مِنْ كلِّ جنايةٍ فيها قصاصٌ على ما قلَّ مِنَ المالِ أوْ كَثُرَ جائزٌ [١٣/٧١ظ/د]؛ لأنَّ القِصَاصَ ممَّا[٢] يَحْتَمِلُ الإِسْقَاطَ بغيرِ مالٍ، فيحْتَمِلُه بالمالِ أيضًا، وهوَ حَقٌّ يَحْتَمِلُ التقويمَ بالكتابِ، والسُّنَّةِ، وإجماعِ الأُمَّةِ.

أَمَّا الكتابُ: فقولُه تعالى: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَٰنٍ﴾ [البقرة: ١٧٨]، قيلَ: إنَّ الآيَةَ نزلَتْ في الصُّلْحِ عنْ دمِ العَمْدِ، وهوَ قولُ ابنِ عَبَّاسٍ[٣]. وقيلَ: إنَّ الآيَةَ نزلَتْ في دمِ شريكَيْنِ عفا أحدُهما أنَّهُ يَنْقَلِبُ نصيبُ الآخرِ مالًا.

وأَمَّا السُّنَّة: فما رُوِيَ عَنْ رَسُولِ اللهِ ﷺ أَنَّهُ قالَ: «مَنْ قُتِلَ لهُ قَتِيلٌ؛ فَأَهْلُهُ بينَ خِيرَتَيْنِ: إنْ أَحَبُّوا قَتَلُوا، وَإِنْ أَحَبُّوا أَخَذُوا الدِّيَةَ»[٤]، أرادَ بهِ: برضا القاتلِ،

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/١٢١].

(٢) وقع بالأصل: «ما». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

(٣) أخرجه البخاري في التفسير/ بَابُ ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ﴾ [البقرة: ١٧٨] إِلَى قَوْلِهِ: ﴿عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ [البقرة: ١٠] (رقم/٢٧٩٧١)، من طريق عَمْرٍو، قَالَ: سَمِعْتُ مُجَاهِدًا، قَالَ: سَمِعْتُ ابْنَ عَبَّاسٍ [ص: ٢٤] ﷺ، يَقُولُ: «كَانَ فِي بَنِي إِسْرَائِيلَ القِصَاصُ، وَلَمْ تَكُنْ فِيهِمُ الدِّيَةُ». فَقَالَ اللهُ تَعَالَى لِهَذِهِ الأُمَّةِ: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ وَٱلْعَبْدُ بِٱلْعَبْدِ وَٱلْأُنثَىٰ بِٱلْأُنثَىٰ فَمَنْ عُفِىَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَىْءٌ﴾ [البقرة: ١٧٨] «فَالعَفْوُ أَنْ يَقْبَلَ الدِّيَةَ فِي العَمْدِ» ﴿فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَٰنٍ﴾ [البقرة: ١٧٨] «يَتَّبِعُ بِالْمَعْرُوفِ وَيُؤَدِّي بِإِحْسَانٍ» ﴿ذَٰلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ﴾ [البقرة: ١٧٨] «مِمَّا كُتِبَ عَلَى مَنْ كَانَ قَبْلَكُمْ» ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَٰلِكَ فَلَهُۥ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ [البقرة: ١٧٨] «قَتَلَ بَعْدَ قَبُولِ الدِّيَةِ».

(٤) أخرجه: أبو داود في كتاب الديات/ باب ولي العمد يرضى بالدية [رقم/٤٥٠٤]، والترمذي في=

أَمَّا الْأَوَّلُ: فَلِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ﴾ [البقرة: ١٧٨] **الْآيَةَ**،

وإجماعُ الأُمَّةِ على هذا». كذا في «**شرحِ الكافي**».

ولأنَّ دمَ العَمْدِ حَقٌّ يَجُوزُ أنْ يَئُولَ إلىٰ مالٍ، وهوَ إذا دخلَتْه [٦/١٨٥و/م] شُبْهَةٌ، فجازَ الصُّلْحُ منه علىٰ مالٍ، كالردِّ بِالعَيْبِ، وأَمَّا الصُّلْحُ عنْ جنايةِ الخطأِ علىٰ مالٍ [٢/٤٠٦ظ] فجائزٌ؛ لأنَّ الواجبَ فيها مالٌ، ويَجُوزُ الصُّلْحُ عنِ الأموالِ.

قولُه: (أَمَّا الْأَوَّلُ: فَلِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ..﴾ [البقرة: ١٧٨] **الْآيَةَ)** في تأويلِ الآيةِ اختلافٌ.

قالَ بعضُهم: «مِن» كنايةٌ عنِ القاتلِ، وكذلكَ قولُه تعالىٰ: ﴿عُفِيَ لَهُۥ﴾، أي: عنه، فمعناه: إذا عفا الوَلِيُّ عنِ القاتلِ؛ فلْيَتَّبِعْ بأخْذِ الدِّيَةِ بالمعروفِ، شاءَ القاتلُ أوْ أبىٰ، وليُؤَدِّ القاتلُ الدِّيَةَ إليهِ بإحسانٍ.

وقالَ بعضُهم: تأويلُ قولِه: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ﴾، هوَ الوَلِيُّ دونَ [١٣/٧٢و/د] القاتلِ؛ لأنَّهُ قالَ: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ﴾، والقاتلُ: هوَ المعْفُوُّ عنهُ، فأَمَّا المعفوُّ لهُ؛ فهوَ الوَلِيُّ، معناهُ: مَن بُذِلَ لهُ وأُعْطِيَ مِنْ أخيه شيءٌ بطريقِ الفضلِ والسهولةِ، وهكذا رُوِيَ عن ابن عَبَّاسٍ(١).

قالَ الشيخُ أبو منصورٍ: «هذا التأويلُ هوَ الصحيحُ عندَنا، والواجبُ هوَ القَوَدُ

= كتاب الديات عن رسول الله ﷺ/باب ما جاء في حكم ولي القتيل في القصاص والعفو [رقم/١٤٠٦]، وأحمد في «المسند» [٦/٣٨٤]، والشافعي في «مسنده/ ترتيب السندي» [١/٢٠٠]، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٣/١٧٤]، مِن حديث أبي شُرَيْحٍ الْكَعْبِيِّ رضي الله عنه قال: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: **«أَلَا إِنَّكُمْ يَا مَعْشَرَ خُزَاعَةَ، قَتَلْتُمْ هَذَا الْقَتِيلَ مِنْ هُذَيْلٍ، وَإِنِّي عَاقِلُهُ، فَمَنْ قُتِلَ لَهُ بَعْدَ مَقَالَتِي هَذِهِ قَتِيلٌ، فَأَهْلُهُ بَيْنَ خِيرَتَيْنِ: أَنْ يَأْخُذُوا الْعَقْلَ، أَوْ يَقْتُلُوا»**.

قال الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح».

قال العيني: «إسناده صحيح». ينظر: «نخب الأفكار شرح المعاني والآثار» للعَيْنِيّ [١٥/٢١٩].

(١) أخرجه الطبري في «جامع البيان» [٣/٣٦٧].

قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ رضي الله عنهما: إِنَّهَا نَزَلَتْ فِي [٩٠/و] الصُّلْحِ[1] **وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ النِّكَاحِ**، حَتَّىٰ أَنَّ مَا صَلُحَ مُسَمًّىٰ فِيهِ صُلُحٌ هُنَا إِذْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِغَيْرِ الْمَالِ، إِلَّا أَنَّ عِنْدَ فَسَادِ التَّسْمِيَةِ هُنَا يُصَارُ إِلَىٰ الدِّيَةِ؛ لِأَنَّهُ مُوجِبُ الدَّمِ.

غاية البيان

بطريقِ التَّعْيينِ في قتْلِ العَمْدِ، فإنَّ صَدْرَ الآيةِ يَدُلُّ عليه، وهوَ قولُه: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ﴾ [البقرة: ١٧٨]. أخبَرَ أنَّ المكتوبَ والمحكومَ عليْهِ هوَ القِصَاصُ، فلوْ كانَ لهُ الخِيَارُ بينَ القِصَاصِ، والعفوِ، وأخْذِ الدِّيَةِ مِنَ القاتلِ شاءَ أوْ أبَىٰ؛ لَمْ يَكُنِ القِصَاصُ مكتوبًا عليه، إنَّما المكتوبُ عليْهِ أحدُها»، والبَاقِي يُعْلَمُ في **«شرحِ التأويلات»**[2] وغيرِه.

قولُه: (وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ النِّكَاحِ)، أي: الصُّلْحُ بمنزلةِ النِّكَاحِ. يَعْنِي: أنَّ كلَّ ما يَصْلُحُ تسميتُه مهرًا[3] في النِّكَاحِ؛ يَصْلُحُ بدلَ الصُّلْحِ.

وَلَا يُقالُ: كلُّ ما يَصْلُحُ بدلَ الصُّلْحِ؛ يَصْلُحُ مهرًا؛ لأنَّهُ إذا صَالَحه علىٰ أنْ يعفوَ عنْ هذا الدم، علىٰ أنْ يعفوَ الآخرُ عنْ قصاصٍ لهُ قِبَلَ رَجُلٍ آخرَ؛ جازَ، وعَفْوُ القِصَاصِ لَا يَصْلُحُ مهرًا.

قالَ شمسُ الأئمةِ البَيْهَقِيُّ في «الكفايةِ»: «وكلُّ ما يَصْلُحُ مهرًا يَصْلُحُ بدلَ الصُّلْحِ عنِ الدمِ، وكلُّ ما ذكرَ مهرًا ولَمْ يَصِحَّ تسميتُه، ووَجَبَ مهرُ المِثْلِ، هنا تجبُ الدِّيَةُ والأَرْشُ في مالِه حالًّا؛ لأنَّ الدِّيَةَ هنا كمهرِ المِثْلِ هنالكَ؛ لأنَّ كُلَّ واحدٍ يَجِبُ [١٣/٧٢ظ/د] بدلًا عنْ مالٍ.

(١) في (ط): «الصلح عَنْ دم الْعَمْد».

(٢) هو شرْح كتاب: «تأويلات أهل السُّنَّة». **لأبي منصور محمد بن محمد الماتُرِيدِيّ (المتوفىٰ سنة ٣٣٣ هـ)**. شرَحه الإمامُ الزاهِدُ **علاءُ الدِّين العَالِم السمرقندِيّ. وهو في أربعة مجلدات. وقد مضىٰ** التعريف به

(٣) وقع بالأصل: «تسمية مهر». **والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»**.

وَلَوْ صَالَحَ عَلَىٰ خَمْرٍ لَا يَجِبُ شَيْءٌ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجِبُ بِمُطْلَقِ الْعَفْوِ. **وَفِي النِّكَاحِ يَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ فِي الْفَصْلَيْنِ**؛ لِأَنَّهُ الْمُوجِبُ الْأَصْلِيُّ، ....

غاية البيان

ثُمَّ القَوَدُ يسْقُطُ بأدنىٰ شيءٍ، ولَمْ يَرْضَ مجَّانًا، فيَجِبُ ما ذَكَرْنا إلَّا في فصْلِ إذا صَالَحَ عن دمِ العَمْدِ علىٰ خَمْرٍ؛ يسْقُطُ القِصَاصُ، ولَا يَجِبُ شيءٌ، بخلافِ المهرِ؛ لأنَّ هناكَ يُمْلَكُ العُقْرُ بلَا شيءٍ، فإذا ذكرَ ما لَا يَصِحُّ عِوَضًا أصلًا؛ فكأنَّه عفا، وفي النِّكَاحِ لَا يُمْكِنُ بدونِ مهرٍ».

وقالَ في «الإيضاحِ»: «وبدلُ الصُّلْحُ في دمِ العَمْدِ جارٍ مَجْرَىٰ المهرِ، وكلُّ جَهَالَةٍ تُحُمِّلَتْ في المهرِ تُحُمِّلَتْ هنا، وما يَمْنَعُ صحةَ التَّسْمِيَةَ يَمْنَعُ وجوبَه في الصُّلْحِ، والمعنىٰ الجامعُ بينهما: أنَّهُ مالٌ وَجَبَ ابتداءً، لَا في مقابلةِ مالٍ.

وفي [٦/١٨٥ظ/م] كلِّ موضعٍ بطَلَتِ التَّسْمِيَةُ في النِّكَاحِ، فكذلكَ في الصُّلْحِ، إلَّا أنَّ القِصَاصَ يسْقُطُ، ويَجِبُ بدلُ النفسِ وهوَ الدِّيَةُ، نحوَ أنْ يُصالِحَ علىٰ ثوبٍ، كما يَجِبُ مهرُ المِثْلِ في النِّكَاحِ، إلَّا أنهما يفترقانِ مِن وَجْهٍ، وهوَ أنَّهُ إذا تزوَّجَها علىٰ خَمْرٍ؛ يَجِبُ مهرُ المِثْلِ.

ولوْ صَالَحَ مِنْ دمِ العَمْدِ علىٰ خَمْرٍ؛ لَمْ يَجِبْ شيءٌ؛ لأنَّ وجوبَ المهرِ في بابِ النِّكَاحِ مِن ضروراتِ العَقْدِ، فإنَّه لَمْ يُشْرَعْ بلَا مالٍ، فإذا لَمْ يَكُنِ المُسَمَّىٰ مالًا؛ لغَتِ التَّسْمِيَةُ، فصارَ كما لَمْ يُسَمِّ مهرًا، فوجَبَ مهرُ المِثْلِ.

فأمَّا في بابِ الصُّلْحِ: فوجوبُ المالِ ليسَ مِنْ ضروراتِه، فإنَّه لوْ عفا ولَمْ يُسَمِّ مالًا لَمْ يَجِبْ شيءٌ»[1].

قولُه: (**وَفِي النِّكَاحِ يَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ فِي الْفَصْلَيْنِ**)، أي: في فصْلِ فَسادِ التَّسْمِيةِ للجَهَالَةِ، وفي فصْلِ ذِكْرِ ما لا يَصْلُحُ مهرًا، كَالخَمْرِ؛ لأن النِّكَاحَ لَمْ يُشْرَعْ

---

(١) ينظر: «الإيضاح» للكرماني [ق/٢٢٩].

وَيَجِبُ مَعَ السُّكُوتِ حُكْمًا، وَيَجِبُ فِي إِطْلَاقِ جَوَابِ الْكِتَابِ: الْجِنَايَةُ فِي النَّفْسِ وَمَا دُونَه، وَهَذَا بِخِلَافِ الصُّلْحِ عَنْ حَقِّ الشُّفْعَةِ عَلَىٰ مَالٍ حَيْثُ لَا يَصِحُّ؛ لِأَنَّهُ حَقُّ التَّمَلُّكِ، وَلَا حَقَّ فِي الْمَحِلِّ قَبْلَ التَّمَلُّكِ.

غاية البيان

بلا مالٍ. قال اللهُ تعالىٰ: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا۟ بِأَمْوَٰلِكُم﴾ [النساء: ٢٤].

قولُه: (وَيَجِبُ مَعَ السُّكُوتِ حُكْمًا)، أي: يَجِبُ مهرُ المِثْلِ معَ السكوتِ عن ذِكْرِ المهرِ شرعًا.

قولُه: (وَيَجِبُ فِي إِطْلَاقِ جَوَابِ الْكِتَابِ: الْجِنَايَةُ فِي النَّفْسِ وَمَا دُونَه)، **أراد** بجوابِ «الكتابِ» قولَه: **(وَيَصِحُّ عَنْ جِنَايَةِ** [٢/٤٠٧و] **الْعَمْدِ وَالْخَطَإِ)**؛ **لأن الجنايةَ** أعمُّ مِن أنْ تَكُونَ واقعةً علىٰ النفسِ، أوْ ما دونَها.

قال شمسُ الأئمةِ البَيْهَقِيُّ في «الكفاية»: «يَجُوزُ الصُّلْحُ مِن القِصَاصِ في نفسِه وما دونَه علىٰ أكثرَ مِن الدِّيَةِ، وفي الخطإِ لا يَجُوزُ علىٰ الزِّيادةِ؛ **لأن الواجبَ** في الصورةِ الأُولَىٰ ليس بمالٍ، فجاز كيفَ ما كان، وفي الثانيةِ: **الواجبُ مالٌ مُقَدَّرٌ** شرْعًا، بخلافِ القياسِ، فلا يُتَجاوزُ عنه».

قولُه: (وَهَذَا بِخِلَافِ الصُّلْحِ عَنْ حَقِّ الشُّفْعَةِ)، **أي: الذي** [١٣/٧٣و/د] **قال مِن** صحَّةِ الصُّلْحِ عن جنايةِ العَمْدِ والخطإِ؛ بخلافِ **الصُّلْحِ عن حقِّ الشُّفْعَةِ، فإنه لا يَجُوزُ**؛ لأنه مجرَّدُ حقٍّ لا يَثْبُتُ ذلك **في المحلِّ قبلَ تمَلُّكِ المحلِّ، وهو الدَّارُ** مثلًا، والقِصاصُ ليس كذلك؛ لأن المِلْكَ **ثابتٌ في المحلِّ لمنْ له القِصَاصُ قبلَ** أخْذِ القِصَاصِ، فجاز أَخْذُ العِوَضِ عنه؛ **لأنه** عِوَضٌ عن مِلْكِه، **كأخْذِ العِوَضِ عن** عَبْدِه في الإِعْتاقِ علىٰ مالٍ.

فإذا لم يَصِحَّ الصُّلْحُ عن **حقِّ الشُّفْعَةِ بطلَتِ الشُّفْعَةُ؛ لأنها تَبْطلُ بالإعراضِ** عن طلَبِ الشُّفْعَةِ، واشتغالُه **بِالصُّلْحِ إعراضٌ**، وإنما **قَيَّدَ بِالصُّلْحِ عن حقِّ الشُّفْعَةِ**

أَمَّا الْقِصَاصُ مِلْكُ الْمَحَلِّ فِي حَقِّ الْفِعْلِ فَيَصِحُّ الِاعْتِيَاضُ عَنْهُ، وَإِذَا لَمْ يَصِحَّ الصُّلْحُ يَبْطُلُ الشُّفْعَةُ؛ لِأَنَّهُ تَبْطُلُ بِالْإِعْرَاضِ وَالسُّكُوتِ، **وَالْكَفَالَةُ بِالنَّفْسِ بِمَنْزِلَةِ الشُّفْعَةِ** حَتَّىٰ لَا يَجِبُ الْمَالُ بِالصُّلْحِ عَنْهُ، غَيْرَ أَنَّ فِي بُطْلَانِ الْكَفَالَةِ

غاية البيان

علىٰ مالٍ؛ لأنه إذا صَالح مِن شُفْعتِه علىٰ نِصْفِ الدَّارِ، أوْ علىٰ ثُلثٍ منها، أوْ رُبعٍ جاز، وهي مذكورةٌ في «**الأصل**»[1].

قال في «الشامل» في بابِ الصُّلْحِ في الشُّفْعَةِ مِن قِسْمِ «**المبسوط**»: «اشْتَرَىٰ دارًا ولها شفيعٌ، فصالَح مِن شُفْعتِه علىٰ نِصْفِ الدَّارِ بنِصْفِ الثَّمنِ جاز؛ لأن هذا يَكُونُ شِراءً مُبْتَدَأً، لا أخْذًا بِالشُّفْعَةِ؛ لأنه ليس له أخْذُ [٦/١٨٦و/م] البعضِ دونَ البعضِ، ويَجُوزُ الشِّراءُ علىٰ هذا الوجهِ.

صَالَحه علىٰ أنْ يُسَلِّمَ الشُّفْعَةَ علىٰ بيتٍ مِن الدَّارِ بحِصَّتِه مِن الثَّمَنِ، فالصُّلْحُ بَاطِلٌ، وحقُّ الشُّفْعَة باقٍ.

ولو صَالَحه علىٰ تسليمِ الشُّفْعَةِ علىٰ دراهمَ؛ لا يَجِبُ المالُ، وبطلَتِ الشُّفْعَةُ؛ لأنه لَمَّا صَالح علىٰ بيتٍ منها؛ فقد ذكرَ في الصُّلْحِ ما يَصِحُّ أخْذُه [١٣/٧٣ظ/د] لو كان معلومًا، أَلَا تَرَىٰ أنه لو سمَّىٰ رُبعَ الدَّارِ برُبْعِ الثَّمنِ جاز، إلا أنه بطَل الأخذُ؛ لأجْلِ الجَهالةِ، وبَقِيَ الحقُّ، أَمَّا في الصورةِ الثانيةِ: فشرَط في الصُّلحِ ما لا يَجُوزُ أخْذُه، فَبطَلَ حقُّه مجَّانًا». إلىٰ هنا لَفْظُ «**الشامل**».

قولُه: (وَالْكَفَالَةُ بِالنَّفْسِ بِمَنْزِلَةِ الشُّفْعَةِ)، أي: لا يَجُوزُ الصُّلْحُ عن الكَفالةِ بالنفسِ علىٰ مالٍ حتَّىٰ لا يَجِبَ المالُ علىٰ الكَفِيلِ للمكفولِ له، فإذا لم يَجُزِ الصُّلْحُ عن الكَفَالَةِ بالنفسِ، فهل تَبْطُلُ الكَفَالَةُ أمْ لا؟

فيه روايتان:

(١) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [١٠/٦٠٥/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

رِوَايَتَيْنِ عَلَىٰ مَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ.

وَأَمَّا الثَّانِي وَهُوَ جِنَايَةُ الْخَطَأِ فَلِأَنَّ مُوجِبُهَا الْمَالُ، فَيَصِيرُ بِمَنْزِلَةِ الْبَيْعِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا تَصِحُّ الزِّيَادَةُ عَلَىٰ قَدْرِ الدِّيَةِ؛ لِأَنَّهُ مُقَدَّرٌ شَرْعًا؛ فَلَا يَجُوزُ إِبْطَالُهُ فَتُرَدُّ الزِّيَادَةُ، بِخِلَافِ الصُّلْحِ عَنِ الْقِصَاصِ؛ حَيْثُ تَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلَىٰ قَدْرِ الدِّيَةِ؛ لِأَنَّ الْقِصَاصَ لَيْسَ بِمَالٍ، وَإِنَّمَا يُتَقَوَّمُ بِالْعَقْدِ، ....

غاية البيان

في روايةِ أبي حفصٍ: في الصُّلْحِ تَبْطُلُ، وعليه الفتوىٰ، وهي روايةُ كتابِ الشُّفْعةِ، وكتابِ الحَوالَةِ والكَفَالَةِ.

وفي روايةِ أبي سليمانَ: لا تَبْطُلُ، وهي روايةُ كتابِ «الصُّلْحِ» من روايةِ أبي سليمانَ. كذا في «**الفتاوىٰ الصغرىٰ**»[1].

قال صاحبُ «التحفة»: «إن الكَفِيلَ بالنفسِ إذا صَالح المكفولَ له بمالٍ مَعْلُومٍ علىٰ أنْ يُبْرِئَهُ مِن الكَفالةِ؛ فالصُّلْحُ بَاطِلٌ والكَفَالَةُ لازمةٌ»[2].

قولُه: (عَلَىٰ مَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ)، أي: في «**المبسوط**»[3].

قولُه: (وَأَمَّا الثَّانِي)، وهو عطْفٌ علىٰ قوله: **(أَمَّا الْأَوَّلُ)**.

وأراد بالثاني: الصُّلْحَ عن جنايةِ الخطأِ، فإنه يَجُوزُ؛ لأن مُوجِبَها مالٌ، فكان كَالبَيْعِ، فجاز أنْ يقَعَ بمقابَلَتِها عِوَضٌ مِن المالِ[4]، إلا أنه لا يَجُوزُ الصُّلْحُ علىٰ أكثرَ مِن الدِّيَةِ؛ لِئَلَّا يَلْزَمَ المجاوَزةَ عن التقديرِ الشرعيِّ، بخلافِ الصُّلْحِ عن القِصَاصِ، فإنه يَجُوزُ علىٰ أكثرَ مِن قَدْرِ الدِّيَةِ؛ لأن المالَ لم يَجِبْ بالعمدِ، وإنما

(١) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/٣١١].

(٢) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاءُ الدِّين السمرقندي [٣/٢٥٤].

(٣) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٩/٢٦٦/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٤) وقع بالأصل: «عن المال». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

وَهَذَا إِذَا صَالَحَ عَلَىٰ أَحَدِ مَقَادِيرِ الدِّيَةِ، أَمَّا إِذَا صَالَحَ عَلَىٰ غَيْرِ ذَلِكَ جَازَ؛ لِأَنَّهُ مُبَادَلَةٌ بِهَا، إِلَّا أَنَّهُ يُشْتَرَطُ الْقَبْضُ فِي الْمَجْلِسِ؛ كَيْلَا يَكُونَ افْتِرَاقًا عَنْ دَيْنٍ بِدَيْنٍ. وَلَوْ قَضَىٰ الْقَاضِي بِأَحَدِ مَقَادِيرِهَا فَصَالَحَ عَلَىٰ جِنْسٍ آخَرَ مِنْهَا بِالزِّيَادَةِ

غاية البيان

وَجبَ بِالعَقْدِ، فيُقَوَّمُ بقَدْرِ ما وقَع عليه العَقْدُ، قلَّ أوْ كثُرَ.

قولُه: (وَهَذَا إِذَا صَالَحَ عَلَىٰ أَحَدِ مَقَادِيرِ الدِّيَةِ)، أي: عدم صحَّةِ الزِّيَادةِ علىٰ قَدْرِ الدِّيةِ، فيما إذا صَالَحَ عن جنايةِ الخطأ علىٰ [١٣/٧٤و/د] أحدِ مقاديرِ الدِّيَةِ؛ كالإبلِ، والذهبِ والفضَّةِ.

أمَّا إذا صَالَحَ [٢/٤٠٧ظ] علىٰ غيرِ مقاديرِ الدِّيَةِ؛ كَالمَكِيلِ والمَوْزُونِ؛ جاز الصُّلْحُ علىٰ الزِّيَادةِ؛ لأن عندَ اختلافِ الجنسِ لا تَظْهَرُ الزِّيَادةُ، إلا أنه يُشْتَرطُ قبْضُ بدلِ الصُّلْحِ في المجلسِ؛ لئَلَّا يَكُونَ دينًا بدَيْنٍ، وهو دَيْنُ الدِّيَةِ بدَيْنِ بدلِ الصُّلْحِ.

وهذا الذي قُلنا مِن عدمِ جوازِ الزِّيادةِ علىٰ قَدْرِ الدِّيةِ، فيما إذا لَمْ يَقْضِ القاضي بذلك، أمَّا إذا قضَىٰ القاضي بنوعٍ مِن مقاديرِ الدِّيَةِ، ثم صَالح علىٰ نوعٍ آخرَ منها بالزِّيادةِ جاز، كما إذا قضَىٰ القاضي بمئةِ بعيرٍ، فصَالَح علىٰ أكثرَ مِن مئَتي بقرةٍ [٦/١٨٦ظ/م]، أو ألفِ دينارٍ جاز؛ لأنه تعَيَّن الوجوبُ في الإبلِ بالقضاءِ، فكان البقرُ بدلًا عنها، فجاز كيفَ ما كان.

قال أبو العبَّاسِ النَّاطِفِيُّ في آخرِ كتابِ الصُّلْحِ مِن «الأجناس» ـ ناقلًا عن **«نوادر ابن سماعة»** ـ: «عن محمدٍ: لو صَالَحه بعدَ القَضَاءِ بمئةٍ مِن الإبلِ علىٰ ثلاثِ مئةِ بقرٍ وقبَضَ؛ جاز، وإنْ كان قبلَ القَضَاءِ[1] لَمْ يَجُزْ، ولو صَالَحه قبلَ القَضَاءِ بالإبلِ علىٰ أكثرَ مِن عشرةِ آلافِ درهمٍ أو ألفِ دينارٍ لَمْ يَجُزْ، وإنْ كان بعدَ القَضَاءِ: جاز إذا قبَضَ».

(١) في «غ»: «قبْل القبض».

جاز؛ لِأَنَّهُ تَعَيَّنَ الْحَقُّ بِالْقَضَاءِ فكَانَ مُبَادَلَةً بِخِلَافِ الصُّلْحِ ابْتِدَاءً؛ لِأَنَّ تَرَاضِيَهُمَا عَلَى بَعْضِ الْمَقَادِيرِ بِمَنْزِلَةِ الْقَضَاءِ فِي حَقِّ التَّعْيِينِ، فَلَا يَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلَى مَا تَعَيَّنَ.

قَالَ: وَلَا يَجُوزُ مِنْ دَعْوَىٰ حَدٍّ؛ لِأَنَّهُ حَقُّ اللهِ تَعَالَىٰ لَا حَقُّهُ، فَلَا يَجُوزُ

غاية البيان

ثم نَقَلَ في «الأجناس» عن كتابِ «الجنايات» للحسنِ بنِ زيادٍ: «إذا حُكِمَ بالإبلِ، ثم صَالحَ علىٰ أكثرَ مِن مئَتي بقرةٍ أوْ ألفَيْ شَاةٍ لَمْ يَجُزْ، إلا أن يَكُونَ مِن غيرِ جنسِ الدِّيَةِ، فيَجُوزُ»[1].

قولُه: (بِخِلَافِ الصُّلْحِ ابْتِدَاءً)، أي: لا يَجُوزُ الصُّلْحُ [١٣/٧٤ظ/د] بالزِّيادةِ علىٰ نوعٍ مِن مقاديرِ الدِّيَةِ قبْلَ قَضَاءِ القاضي علىٰ نوعٍ آخرَ منها؛ لأن تراضِيَهما علىٰ نوعٍ منها تعْيينٌ للواجبِ الشرعيِّ، فلا يَجُوزُ الزِّيَادةُ علىٰ المُتَعَيَّنِ شرعًا.

قولُه: (قَالَ: وَلَا يَجُوزُ مِنْ دَعْوَىٰ حَدٍّ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»[2]، وذلك لأن الحدودَ حقُّ اللهِ تَعالىٰ، فلا يَجُوزُ أخْذُ العِوَضِ عن حقِّ غيرِه.

قال محمدٌ في «الأصل»: «ولوِ ادَّعَىٰ قِبَلَهُ أنه شاربُ خَمْرٍ، وقال: أرفعُكَ إلىٰ السلطانِ، فَصَالَحه علىٰ مئةِ درهمٍ علىٰ أنْ يَكُفَّ عنه، أوْ صَالَحه بمئةِ درهمٍ علىٰ أن يُقِرَّ بشُرْبِ الخَمْرِ، فإن هذا كلَّه بَاطِلٌ لا يَجُوزُ.

وكذلك لوِ ادَّعَىٰ أنه زنَىٰ بهذه المرأةِ، فَصَالَحه علىٰ مئةِ درهمٍ علىٰ أنْ يَكُفَّ عنه، ولا يَرْفَعُهُ إلىٰ السلطانِ؛ فإن هذا كلَّه باطلٌ لا يَجُوزُ، أَلَا تَرَىٰ أنه إنما صَالَحه علىٰ حَدٍّ[3] مِن حدودِ اللهِ تَعالىٰ.

ولوِ ادَّعَىٰ قِبَلَه سَرِقَةَ متاعٍ، فَصَالَحه المُدَّعَىٰ عليه قِبَلَهُ علىٰ مئةِ درهمٍ علىٰ

(١) ينظر: «الأجناس» للناطفي [٢/٣٥٩].
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٢١].
(٣) وقع بالأصل: «حدود». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

الاِعْتِيَاضُ عَنْ حَقِّ غَيْرِهِ، **وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ الِاعْتِيَاضُ إِذَا ادَّعَتِ الْمَرْأَةُ نَسَبَ وَلَدِهَا**؛ لِأَنَّهُ حَقُّ الْوَلَدِ لَا حَقُّهَا، ....

غاية البيان

أنْ أبرأه مِن السَّرِقَةِ فهذا جائزٌ؛ لأنه ادَّعَىٰ قِبَلَه حقًّا، وذلك لأن دعوىٰ السَّرِقَةِ دعوىٰ المالِ؛ لأنه إنما يَصِحُّ دعوَاه في حقِّ المالِ، فصحَّ الصُّلْحُ فيه علىٰ مالٍ يَأْخُذُه المُدَّعِي، كما في سائرِ المواضعِ»[(١)].

ثم قال في «الأصل»: «ولو صَالَحه علىٰ مئةِ درهمٍ علىٰ أنْ يُقِرَّ له بالسرقةِ، ففعَل ذلك، فإنْ كانتِ العُرُوضُ قائمةً بعَيْنِها فالصُّلْحُ جائزٌ، وإنْ كانت مُسْتهلكةً فالصُّلْحُ بَاطلٌ»[(٢)]، هذا لَفْظُ محمدٍ في **«الأصل»** في بابِ دعوىٰ الجراحاتِ والحدودِ.

وتفسيرُه: ما [١٣/٧٥و/د] قال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ في بابِ الصُّلْحِ في دعوَىٰ القِصاصِ والحَدِّ من **«شرح الكافي»**: «فإنْ كانتِ العُرُوضُ قائمةً بعَيْنِها جاز؛ لأنه يَكُونُ بيعًا لذلك العَرْضِ[(٣)] في زَعْمِه بمئةِ درهمٍ، وإنْ كانت مُسْتهلكةً لم يَجُزْ؛ لأنه يَكُونُ بَيْعُ الدراهمِ[(٤)] بدراهمَ أقلَّ منه أوْ أكثرَ».

ثم قال في **«الأصل»**: «والصُّلْحُ في الحدودِ [٦/١٨٧و/م] كلِّها علىٰ مالٍ أوْ غيرِ مالٍ مردودٌ، فلا يَجُوزُ»[(٥)].

قولُه: (وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ الِاعْتِيَاضُ إِذَا ادَّعَتِ الْمَرْأَةُ نَسَبَ وَلَدِهَا)، هذا إيضاحٌ لقولِه: **(فَلَا يَجُوزُ الِاعْتِيَاضُ عَنْ حَقِّ غَيْرِهِ)**، وذلك لأن النَّسَبَ حقُّ الولدِ.

(١) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [١٥٣/١١/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٢) ينظر: المصدر السابق [١٥٤/١١].

(٣) وقع بالأصل: «العُرُوض». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

(٤) وقع بالأصل: «الدرهم». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

(٥) ينظر: المصدر السابق [١٥٤/١١].

وَكَذَا لَا يَجُوزُ الصُّلْحُ عَمَّا أَشْرَعَهُ إِلَىٰ طَرِيقِ الْعَامَّةِ؛ لِأَنَّهُ حَقُّ الْعَامَّةِ؛ فَلَا يَجُوزُ أَنْ يُصَالِحَ وَاحِدٌ عَلَى الِانْفِرَادِ عَنْهُ؛ ....

غاية البيان

قال شمسُ الأئمَّةِ البَيْهَقِيُّ في «الكفاية»: «المُطَلَّقةُ المُبَانةُ ادَّعَتْ أن هذا الولدَ للمُطَلِّقِ، وصَالح مِن النَّسَبِ علىٰ مئةٍ؛ لا يَصِحُّ؛ لأنه حقُّ [٢/٤٠٨و] الولدِ، وأيضًا لا يُمْكِنُ أَخْذُ العِوَضِ عن النَّسَبِ، ولوِ ادَّعَتْ نِكاحًا بغيرِ ولدٍ، فصَالح علىٰ مئةٍ لَمْ يَجُزْ، ويَسْتَرِدُّ المالَ إنْ دفَع؛ لأن العِوَضَ علىٰ تَرْكِ النِّكَاحِ مِن جانبِ الزوجِ ليس بمشروعٍ». إلىٰ هنا لَفْظُه في «**الكفاية**».

قولُه: (**وَكَذَا لَا يَجُوزُ الصُّلْحُ عَمَّا أَشْرَعَهُ إِلَىٰ طَرِيقِ الْعَامَّةِ**)، هذا أيضًا إيضاحٌ لقولِه: (**فلَا يَجُوزُ الِاعْتِيَاضُ عَنْ حَقِّ غَيْرِهِ**).

وتمامُ البيانِ فيه: ما ذكَرَه شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ في «**شرح الكافي**» ـ [١٣/٧٥ظ/د] في بابِ الصُّلْحِ في العقارِ ـ قال: «ولو كان لرَجُلٍ ظُلَّةٌ، أوْ كَنِيفٌ شارعٌ علىٰ طريقٍ نافذٍ، فخاصَمَه رَجلٌ فيه، وأراد طَرْحَه، فَصَالَحه مِن ذلك علىٰ دراهمَ مُسَمَّاةٍ ليترُكَهُ؛ كان باطلًا.

وهذا علىٰ وجْهَيْنِ: أمَّا إنْ كان هذا علىٰ طريقٍ نافذٍ، أوْ غيرِ نافذٍ، والصُّلْحُ علىٰ التركِ، أوْ علىٰ الطرحِ.

ونعنِي بالنافذِ: ما لا يَكُونُ لقومٍ خاصٍّ، وغيرُ النافذِ: ما يَكُونُ لقوم خاصٍّ، وقد يَكُونُ النافذُ خاصًّا، ولكنَّ الظاهرَ أنه متَىٰ كان المنتَفِعُ به العامَّةُ؛ كان حقَّ العامَّةِ، ولا يَخْلُو: إمَّا أنْ يَكُونَ ذلك بحقٍّ أوْ بغيرِ حقٍّ، والصُّلْحُ علىٰ الطرْحِ أو التركِ.

أمَّا إذا كان الطريقُ مملوكًا للعامَّةِ، وعليها ظُلَّةٌ، أوْ كَنِيفٌ لرَجُلٍ، فَصَالَحه رَجلٌ علىٰ الطرحِ؛ فيُعْطِي له شيئًا، أوْ علىٰ التركِ، فيأخُذُ منه شيئًا، إنْ كان بغيرِ حقٍّ كان باطلًا؛ لأن طَرْحَه واجبٌ عليه؛ لكونِه شاغِلًا هواءَ المسلمين بغيرِ حقٍّ،

. . . .

فواجبٌ علىٰ كُلِّ واحدٍ مِن آحادِ الناسِ أنْ يَأْمُرَه بالطرحِ علىٰ سبيلِ الأمرِ بالمعروفِ، فهذا في الحقيقةِ: يَأْخُذُ المالَ ليتركَ الأمْرَ بالمعروفِ، فيَكُونُ حرامًا.

وكذلك إنْ صَالح علىٰ الطرحِ؛ لأن الطرحَ واجبٌ، فهذا في الحقيقةِ يَأْخُذُ المالَ لإقامةِ أمْرٍ واجبٍ، فيَكُونُ حرامًا، وإنْ كانتِ الظُّلَّةُ والكَنِيفُ [١٣/٧٦و/د] بحقٍّ، ويُتَصَوَّرُ ذلك بأنِ اختَطَّ الإمامُ موضعًا لإنسانٍ حينَ فتَح البلدَ، وجعَلَ هواهُ لآخرَ، فالصُّلْحُ فيها علىٰ الطرحِ جائزٌ؛ لأنه يُسْقِطُ حقَّه، وهو التَّعَلِّي بمالٍ، وفيه نَفْعٌ لهذا المُصالِحِ وللناسِ كافَّةً؛ فيَصِحُّ.

وإنْ صَالَحَ علىٰ التركِ لا يَجُوزُ؛ لأنه لا يَسْتَفِيدُ بهذا [٦/١٨٧ظ/م] الصُّلْحِ شيئًا، وإنْ كان علىٰ طريقٍ مملوكٍ: إنْ كان بحقٍّ، فصَالَح علىٰ الطرحِ جاز، وعلىٰ التركِ لا يَجُوزُ؛ لِمَا قُلنا، وإنْ كان بغيرِ حقٍّ: إن صَالَحَ علىٰ التركِ جاز؛ لأنه له فيه نوعُ حقٍّ، فهذا يُسْقِطُ حقَّه بإزاءِ ما أخَذ، وفيه نوعُ نَفْعٍ للمُصالِحِ وأهلِ السِّكَّةِ، فيَجُوزُ، وإنْ صَالَحَ علىٰ التركِ جاز.

وذكَر الشيخُ أبو بكرٍ محمَّدُ بنُ إبراهيمَ الْمَيْدَانِيُّ قال: «إنما يَجُوزُ إذا أجازه أهلُ السكَّةِ؛ لأنه يُنْتَفَعُ بهذا الصُّلْحِ حينئذٍ. أمَّا إذا لم يُجِيزُوا: يَنْبَغِي ألَّا يَجُوزَ؛ لأنه لا يُفِيدُ، **والصحيحُ**: أنه يَجُوزُ، سواءٌ سَلَّمَ أهلُ السِّكَّةِ، أوْ لَمْ يُسَلِّموا؛ لأن هذا الرَّجُلَ إنما أخَذَ العِوَضَ عن حقِّ نفسِه، فإنه كان له حَقٌّ في ذلك الهواءِ، وقد أبطَلَه بعِوَضٍ، فصحَّ، وهو مفيدٌ في الجملةِ عندَ استرضاءِ الباقينَ». كذا **ذكَر شيخُ الإسلامِ** [١٣/٧٦ظ/د] **علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ**.

ونَقَلَ بعضُ الشارحينَ عن شيخِ الإسلامِ خُوَاهَر زَادَه: «أن الإمامَ لو صَالَحَ صاحبَ الظُّلَّةِ علىٰ دراهمَ علىٰ أنْ يَتْرُكَ الظُّلَّةَ؛ جاز الصُّلْحُ وإنْ كانت في طريقٍ

وَيَدْخُلُ فِي إِطْلَاقِ الْجَوَابِ: حَدُّ الْقَذْفِ [٩٠/ظ]؛ لِأَنَّ الْمُغَلَّبَ فِيهِ حَقُّ الشَّرْعِ.

وَإِذَا ادَّعَىٰ رَجُلٌ عَلَى امْرَأَةٍ نِكَاحًا، وَهِيَ تَجْحَدُ، فَصَالَحَتْهُ عَلَىٰ مَالٍ بَذَلَتْهُ حَتَّىٰ يَتْرُكَ الدَّعْوَىٰ جَازَ، وَكَانَ فِي مَعْنَى الْخُلْعِ؛ لِأَنَّهُ أَمْكَنَ تَصْحِيحُهُ خُلْعًا فِي

غاية البيان

العامَّةِ إذا كان في ذلك صلاحٌ للمسلمين، ويَضَعُ ذلك في بيتِ المالِ؛ لأن الاعتياضَ مِن الشَّرِكَةِ العامَّةِ جائزٌ مِن الإمامِ، فإنه لو باع شيئًا مِن بيتِ المالِ يَجُوزُ».

قولُه: (وَيَدْخُلُ فِي إِطْلَاقِ الْجَوَابِ: حَدُّ الْقَذْفِ)، أي: يَدْخُلُ حَدُّ القذفِ تَحْتَ قولِه: **(وَلَا يَجُوزُ مِنْ دَعْوَىٰ حَدٍّ)**؛ لأن الحدَّ بإطلاقِه يَشْمَلُ كلَّ حَدٍّ.

قال شمسُ الأئمَّةِ البَيْهَقِيُّ في «**الكفاية**»: «صَالَحَ مِن [٤٠٨/٢ظ] حَدِّ القذفِ علىٰ مالٍ؛ لا يَصِحُّ، ويَسْتَرِدُّ المالَ، وهو علىٰ حُجَّتِه؛ لأن المُغَلَّبَ حقُّ اللهِ تَعَالىٰ، كما لو أَخَذ مِن مُرتَكبِ كبيرةٍ علىٰ ألَّا يَرْفَعَهُ إلىٰ السلطانِ».

وقال أيضًا: «دفعَ مالًا إلىٰ شاهدٍ؛ لئَلَّا يَشْهَدَ، فهو باطلٌ، ويَسْتَرِدُّ المالَ، ويَصِيرُ الشَّاهِدُ فاسقًا لا تُقْبَلُ شَهَادتُه، إلا إذا تاب كسائرِ الفسقةِ».

قولُه: (وَإِذَا ادَّعَىٰ رَجُلٌ عَلَى امْرَأَةٍ نِكَاحًا، وَهِيَ تَجْحَدُ، فَصَالَحَتْهُ عَلَىٰ مَالٍ بَذَلَتْهُ حَتَّىٰ يَتْرُكَ الدَّعْوَىٰ؛ جَازَ، وَكَانَ فِي مَعْنَى الْخُلْعِ)، هذا لفْظُ القُدُورِيِّ في «**مختصره**»(١)، وهذا بناءٌ علىٰ أن الصُّلحَ يَجِبُ اعتبارُه بأقربِ العُقُودِ إليه، وأخْذُ المالِ عن تركِ البُضْعِ: هو الخُلْعُ، فصار في حقِّ المُدَّعِي في معنَى الخُلْعِ، وذلك جائزٌ، وفي حقِّها يَكُونُ ما بذَلَتْه لإسقاطِ الخُصُومةِ.

والمرادُ مِن جوازِ [١٣/٧٧و/د] **الصُّلْحِ: نفاذُه في الظاهرِ، فأمَّا فيما بيْنَه وبيْنَ اللهِ تَعالى؛ فإنْ كان على خلافِ ما قال؛ لا يَحِلُّ له أَخْذُه** [١٨٨/٦و/م]. **كذا في «شرح**

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٢١ ـ ١٢٢].

جَانِبِهِ؛ بِنَاءً عَلَىٰ زَعْمِهِ، وَفِي جَانِبِهَا بَدَلًا لِلْمَالِ؛ لِدَفْعِ الْخُصُومَةِ. قَالُوا: وَلَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللهِ تَعَالَىٰ، إِذَا كَانَ مُبْطِلًا فِي دَعْوَاهُ.

غاية البيان

الأقطع»[١]، وهذا الذي ذكَره القُدُورِيُّ هو ظاهرُ الجوابِ. يدلُّ علىٰ ذلك: ما ذَكره في «**مختصر الكافي**» و«**شرحه**» كذلك[٢].

فعلىٰ هذا: لا يَرِدُ علينا سؤالُ الشافعيةِ ﷺ في مسألةِ الصُّلْحِ علىٰ الإنكارِ بقولِهم: إذا ادَّعَىٰ علىٰ امرأةٍ نكاحًا، فأنكرَتْ فصالحَتْ علىٰ مالٍ؛ لا يَجُوزُ»، ولَئِنْ صحَّتْ تلك المسألةُ كما أوردُوها في نسخِ «**طريقة الخلاف**»، فالجوابُ عنها ما مَرَّ في تلك المسألةِ.

قال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ في «شرح الكافي»: «ولو أن رَجُلًا ادَّعَىٰ علىٰ امرأةٍ أنها امرأتُه، فأنكرَتْ ذلك، فصالحَتْه علىٰ مئةِ درهمٍ علىٰ أنْ يَبْرَأَ مِن تَزْويجِها الذي ادَّعَىٰ؛ أجَزْتُه إذا قَبِلَ، ويَكُونُ هذا خُلْعًا في حقِّ المُدَّعِي، وبَذْلَ المالِ والرِّشْوةِ في حقِّها؛ قطْعًا لمنازعتِه.

ولو أقام بَيِّنَةً علىٰ تزويجِه بعْدَ الصُّلْحِ لم يُقْبَلْ؛ لأنه لا يُفيدُ؛ لأنه يُقَرِّرُ معنىٰ الخُلْعِ، وكذلك لو قالت: أُعْطِيك مئةَ درهمٍ علىٰ المباراْةِ، أوْ علىٰ أنك بريءٌ مِن دعواك، أوْ علىٰ أنه لا نِكَاحَ بينِي وبينَك». كذا في «**شرح الكافي**» في بابِ الصُّلْحِ في [١٣/٧٧ظ/د] الإجَارةِ والمهرِ والنِّكَاحِ والطَّلَاقِ.

قولُه: (قَالُوا)، أي: قال المشايخُ المتأخِّرون.

---

(١) ينظر: «شرح مختصر القُدُورِيِّ» لأبي نَصْر الأَقْطَع [١/ق ٢١٧/أ/ مخطوط مكتبة مكة المكرمة/ رقم الحفظ: (٥٧)].

(٢) ينظر: «تحفة الفقهاء» [٣/٢٥٥]، «الفقه النافع» [٣/١٢٦٨]، «بدائع الصنائع» [٥/٦٣]، «الاختيار» [٣/١١]، «تبيين الحقائق» [٥/٣٧]، «الجوهرة النيرة» [١/٤١٣].

قَالَ: فَإِذَا ادَّعَتِ امْرَأَةٌ عَلَىٰ رَجُلٍ نِكَاحًا، فَصَالَحَهَا عَلَىٰ مَالٍ بَذَلَهُ لَهَا جَازَ.

قَالَ رضي الله عنه: هَكَذَا ذُكِرَ فِي بَعْضِ نُسَخِ الْمُخْتَصَرِ، وَفِي بَعْضِهَا قَالَ: لَمْ يَجُزْ. وَجْهُ الْأَوَّلِ أَنْ يُجْعَلَ زِيَادَةً فِي مَهْرِهَا.

غاية البيان

قولُه: (قَالَ: فَإِذَا ادَّعَتِ امْرَأَةٌ عَلَىٰ رَجُلٍ نِكَاحًا، فَصَالَحَهَا عَلَىٰ مَالٍ بَذَلَهُ لَهَا؛ جَازَ).

قال صاحبُ «الهداية»: (هَكَذَا ذُكِرَ فِي بَعْضِ نُسَخِ «الْمُخْتَصَرِ»، وَفِي بَعْضِهَا قَالَ: لَمْ يَجُزْ)، يعني: اختلفتِ الروايةُ في نُسَخِ «مختصر القُدُورِيِّ» في هذه المسألةِ، فذكَر في بعْضِها: الجوازَ[1]، وفي بعْضِها: عدمَ الجوازِ[2].

ورأيتُ في نسخةٍ ثقةٍ مِن نُسَخِ القُدُورِيِّ مكتوبةٍ في تاريخِ سنةِ خمسٍ وعشرين وخمسِ مئةٍ: عدمَ الجوازِ، فقال[3]: «وإنِ ادَّعَتِ امرأةٌ نكاحًا علىٰ رَجُلٍ، فصالَحها علىٰ مالٍ بذَلَه لها؛ لَمْ يَجُزْ»[4].

---

(١) وهذا هو الثابت في النسخة التي شَرَح عليها الكادُورِيُّ في كتابه: «جامع المُضْمرات والمُشْكلات/ شرْح مختصر القُدُورِيِّ» [١٢/ق٢٧٢/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٧٩٨)].

(٢) قال في «التصحيح» نقلًا عن «الاختيار»: الأول أصح. ينظر: «الاختيار لتعليل المختار» [٣/٧]، «الشلبي علىٰ تبيين الحقائق» [٥/٣٧]، «التصحيح» [ص٢٨٣]، «البناية» [١٠/١٦]، «اللباب» [٢/١٦٥].

(٣) أي: القُدُورِيُّ رحمه الله.

(٤) هذا لفْظ المطبوع مِن «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٢٢]. وهو الثابتُ في عدة نُسَخ خَطِّية مِن «المختصر»، منها: [ق ٩٩/ب/ مخطوط مكتبة كوبريلي محمد عاصم بك ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١١٠)]، ونسخة ثانية: [ق ٦٩/ب/ مخطوط مكتبة راغب باشا ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٥٨٥)]، ونسخة ثالثة: [ق ٥٤/أ/ مخطوط مكتبة نور عثمانية ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٧٧٦)]، ونسخة رابعة: [ق ٤٦/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٩٥٢)].

وعلىٰ هذا اللفظ: شَرَحَ: العلَّامةُ بهاءُ الدِّين محمد بن أحمد الأسْبِيجَابِيُّ في كتابه: «زاد الفقهاء/=

وَجْهُ الثَّانِي: أَنَّهُ بَذَلَ لَهَا الْمَالَ لِتَتْرُكَ الدَّعْوَىٰ، فَإِنْ جَعَلَ تَرْكَ الدَّعْوَىٰ مِنْهَا فُرْقَةً فَالزَّوْجُ لَا يُعْطِي الْعِوَضَ فِي الْفُرْقَةِ، وَإِنْ لَمْ يَجْعَلْ فَالْحَالُ عَلَىٰ مَا كَانَ عَلَيْهِ قَبْلَ الدَّعْوَىٰ، فَلَا شَيْءَ يُقَابِلُهُ الْعِوَضُ فَلَمْ يَصِحَّ.

غاية البيان

قال صاحبُ «الهداية»: (وَجْهُ الْأَوَّلِ)، أي: الجوازِ **(أَنْ يُجْعَلَ زِيَادَةً فِي مَهْرِهَا)**، **وفيه نَظَرٌ عندي**؛ لأنه ضعيفٌ جدًّا؛ لأن الكلامَ في دعواها النِّكَاحِ، وصُلْحِ الرَّجُلِ عنه علىٰ مالٍ، والصلحُ عن النكاحِ علىٰ مالٍ عبارةٌ عن ترْكِ النِّكَاحِ بمالٍ، فكيف يَكُونُ ذلك زيادةً في المهرِ؟

والأصحُّ: هو الوجهُ الثاني، وهو الذي أثبَتَه واعتمَد عليه في **«شرحه»**: الشيخُ أبو نصرٍ البَغْدَادِيُّ لا غيرُ، وقد رَوَيْنَا ذلك أيضًا عن **«الكفاية»** قبلَ هذا، وقد نصَّ الكَرْخِيُّ علىٰ بُطْلانِ الصُّلْحِ [١٨٨/٦ظ/م] في **«مختصره»**.

وعَلَّل الشيخُ أبو نصرٍ بقولِه: «وذلك لأنه إذا دفَع إليها لتَتْرُكَ دعوىٰ النِّكَاحِ؛ فليس يَخْلُو: إمَّا أنْ يُجْعَلَ ترْكُها للدعوىٰ فُرْقةً، أوْ لا يَكُونُ فُرْقةً، ولا يَجُوزُ أَنْ يُجْعَلَ فُرْقةً [٤٠٩/٢و]؛ لأن الزوجَ لا يُعْطِي العِوَضَ في الفُرْقةِ، وإنْ [٧٨/١٣و/د] لم يَكُنْ فُرْقةً: فالحالُ علىٰ ما كانت عليه مِن قَبْلِ الدعوىٰ، فلا يَكُونُ ما أخذَتْه عِوَضًا عن شيءٍ، فلا يَجُوزُ، ويَلْزَمُها رَدُّه»(١).

= شرْح مختصر القُدُورِيِّ» [ق١١٠/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٧٩٥)]. والزاهِدِيُّ في: «المجْتَبىٰ في شرْح القُدوريِّ» [ق ٢٠١/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي/ تركيا/ (رقم الحفظ: ٨٠٨)]. وخُوَاهَرْ زَادَه في «شرْح مختصر القُدُورِيِّ» [ق ١٠٦/أ/ مخطوط مكتبة كوبريلي فاضل أحمد باشا ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٥٨٩)]، وأبو نصْر الأقْطَع في: «شرح مختصر القُدُورِيِّ» لأبي نَصْر الأقْطَع [١/ق ٢١٧/أ/ مخطوط مكتبة مكة المكرمة/ رقم الحفظ: (٥٧)]. وصاحبُ «الجوهرة النيرة/ شرح القُدُورِيِّ» [٣٢٠/١]، وصاحبُ: «اللباب في شرْح الكتاب» [١٦٥/٢]، و«خلاصة الدلائل/ شرْح القُدُورِيِّ» لحسام الدين الرازي [٥٢٠/١].

(١) ينظر: «شرح مختصر القُدُورِيِّ» لأبي نَصْر الأقْطَع [١/ق ٢١٧].

قَالَ: وَإِنِ ادَّعَىٰ عَلَىٰ رَجُلٍ أَنَّهُ عَبْدُهُ، فَصَالَحَهُ عَلَىٰ مَالٍ أَعْطَاهُ؛ جَازَ، وَكَانَ فِي حَقِّ الْمُدَّعِي بِمَنْزِلَةِ الْإِعْتَاقِ عَلَىٰ مَالٍ؛ لِأَنَّهُ أَمْكَنَ تَصْحِيحُهُ عَلَىٰ هَذَا

غاية البيان

قولُه: (قَالَ: وَإِنِ ادَّعَىٰ عَلَىٰ رَجُلٍ أَنَّهُ عَبْدُهُ، فَصَالَحَهُ عَلَىٰ مَالٍ أَعْطَاهُ؛ جَازَ، وَكَانَ فِي حَقِّ الْمُدَّعِي بِمَنْزِلَةِ الْإِعْتَاقِ عَلَىٰ مَالٍ)، أي: قال القُدُورِيُّ في **«مختصره»**[1].

قال محمدٌ في **«الأصل»** ـ في بابِ دعوى الرِّقِّ والصُّلْحُ فيه ـ: «وإذا ادَّعَىٰ رَجُلٌ علىٰ رَجُلٍ مَجْهُولٍ أنه عبْدُه، فأنكَر المُدَّعَىٰ عليه ذلك، ثم صَالَحه المُدَّعِي عليه مِن ذلك علىٰ مئةِ درهمٍ؛ فهو جائزٌ. وإنْ أقام المُدَّعِي البَيِّنَةَ بعدَ ذلك أنه عبْدُه؛ لم يُقْبَلْ منه، وهذا بمنزلةِ العِتْقِ، غيرَ أنه ليس له ولاءٌ إذا لم يُقِمْ بَيِّنَةً»[2]. إلىٰ هنا لفْظُ محمدٍ في **«الأصل»**، وذلك لأن في زَعْمِ المُدَّعِي أنه أَخَذَ المالَ عن إسقاطِ الرِّقِّ، وإسقاطُ الحقِّ عن الرِّقِّ جائزٌ بأخْذِ المالِ كالكتابةِ [٦/١٨٩و/م]، وفي زَعْمِ المُدَّعَىٰ عليه أنه حُرُّ الأصلِ، فإنَّما يُسْقِطُ الخُصُومةَ عن نفسِه بما يُعْطيه، وذلك جائزٌ.

فإنْ أقام المُدَّعِي البَيِّنَةَ؛ فلا شيءَ له إلا الْوَلاءَ؛ لأن رضاه بأخْذِ العِوَضِ مِن عَبْدِه عِتْقٌ علىٰ مالٍ فلَزِمَهُ، وإنْ لم تُقَمْ له بَيِّنَةٌ؛ فلا ولاءَ له، ولأنه غيرُ مُصَدَّقٍ في الدعوىٰ [١٣/٧٨ظ/د]، فلا يَثْبُتُ له الْوَلَاءُ بمجرَّدِ دعواه[3]. كذا في **«شرح الأقطع»**.

وقال في «شرح الكافي»: «لم يَكُنْ له ولاءٌ بقضيَّةِ الصُّلْحِ؛ لأنه لم يَكُنِ الْإِعْتَاقُ ظاهرًا يومئذٍ، فله أنْ يُبَيِّنَ أن الصُّلْحَ السابقَ وقَع إعتاقًا، **وأن له عليه الْوَلَاءَ**، فتُقْبَلُ بَيِّنَتُه مِن حيثُ إنه يدَّعِي الْوَلاءَ، لا مِن حيثُ إنه **يدَّعِي العِتْقَ»**.

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٢٢].

(٢) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [١١/١٣٥ ـ ١٣٦/ طبعة: وزارة **الأوقاف القطرية]**.

(٣) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [١/ق/٣٨٣].

الْوَجْهِ فِي حَقِّهِ لِزَعْمِهِ، وَلِهَذَا يَصِحُّ عَلَىٰ حَيَوَانٍ فِي ذِمَّتِهِ إِلَىٰ أَجَلٍ، وَفِي حَقِّ الْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ يَكُونُ لِدَفْعِ الْخُصُومَةِ؛ لِأَنَّهُ يَزْعُمُ أَنَّهُ حُرٌّ فَجَازَ، إِلَّا أَنَّهُ لَا وَلَاءَ لَهُ لِإِنْكَارِ الْعَبْدِ، إِلَّا أَنْ يُقِيمَ الْبَيِّنَةَ فَيَقْبَلَ ويَثْبُتَ الْوَلَاءُ.

قَالَ: وَإِذَا قَتَلَ الْعَبْدُ الْمَأْذُونُ لَهُ رَجُلًا عَمْدًا؛ لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يُصَالِحَ عَنْ

غاية البيان

وقال محمَّدٌ في «الأصل»: «وكذلك لو قال: أُصالحُكَ منِ دعوايَ علىٰ وصيفٍ إلىٰ أَجَلٍ، أوْ علىٰ كذا مِن الغَنَمِ إلىٰ أَجَلٍ؛ كان ذلك جائزًا، وكذلك الحيوانُ كلُّه، والثِّيابُ، والعُرُوضُ، وكلُّ شيءٍ يَجُوزُ فيه المُكاتبةُ فهو في هذا البابِ جائزٌ، ولو أخذَ منه كَفِيلًا بذلك؛ لزم الكَفِيلُ الكَفَالَةَ، ولا يُشْبِهُ هذا المكاتَبَةَ؛ لأن هذا قد عَتَقَ حينَ وقَع الصُّلْحُ»[1]. إلىٰ هنا لَفْظُ محمَّدٍ في «**الأصل**»، وذلك لأن الحيوانَ يَثْبُتُ دَيْنًا في الذِّمَّةِ في مُبادلَةَ مالٍ بغيرِ مالٍ، كما في النِّكَاحِ والديَاتِ، وهذا في زَعْمِ المُدَّعِي هكذا، وفي زعْمِ المُدَّعَىٰ عليه هكذا؛ لأنه يُسْقِطُ حقَّ الخُصُومةِ بهذا، وكلُّ شيءٍ يَجُوزُ في الكِتَابةِ فهو جائزٌ في هذا؛ لأنه نظيرُها، فجاز أَخْذُ الكَفِيلِ بذلك؛ لأنه نظيرُ [١٣/٧٩و/د] الْإِعْتَاقِ علىٰ مالٍ، فيَكُونُ دَيْنًا علىٰ الحُرِّ، فصحَّ الكَفَالَةُ بها، بخلافِ بدلِ الكِتَابةِ.

قولُه: (**وَلِهَذَا يَصِحُّ عَلَىٰ حَيَوَانٍ فِي ذِمَّتِهِ إِلَىٰ أَجَلٍ**)، إيضاحٌ لقولِه: (**وَكَانَ فِي حَقِّ الْمُدَّعِي بِمَنْزِلَةِ الْإِعْتَاقِ عَلَىٰ مَالٍ**)، يعني: أن الحيوانَ لا يَثْبُتُ دَيْنًا في الذِّمَّةِ في مقابلةِ مالٍ بمالٍ، ولو كان الصُّلْحُ عن دعوىٰ الرِّقِّ علىٰ حيوانٍ، كذلك لم يَصِحَّ الصُّلْحُ، ولكنه صحَّ الصُّلْحُ علىٰ حيوانٍ؛ لأن الحيوانَ يَثْبُتُ دَيْنًا في الذِّمَّةِ في مقابلةِ ما ليس بمالٍ، كما في الدياتِ والنِّكَاحِ.

فَعُلِمَ: أن هذا الصُّلْحَ بمنزلةِ الْإِعْتَاقِ علىٰ مالٍ في حقِّ المُدَّعِي.

قولُه: (**قَالَ: وَإِذَا قَتَلَ الْعَبْدُ الْمَأْذُونُ لَهُ رَجُلًا عَمْدًا؛ لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يُصَالِحَ عَنْ**

---

(١) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [١٣٦/١١/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

نَفْسِهِ، وَإِنْ قَتَلَ عَبْدٌ لَهُ رَجُلًا عَمْدًا فَصَالَحَهُ؛ جَازَ.

وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ رَقَبَتَهُ لَيْسَتْ مِنْ تِجَارَتِهِ؛ وَلِهَذَا لَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِيهِ بَيْعًا، فَكَذَا اسْتِخْلَاصًا بِمَالِ الْمَوْلَىٰ، وَصَارَ كَالْأَجْنَبِيِّ، أَمَّا عَبْدُهُ مِنْ تِجَارَتِهِ وَتَصَرُّفُهُ فِيهِ نَافِذٌ بَيْعًا فَكَذَا اسْتِخْلَاصًا، وَهَذَا لِأَنَّ الْمُسْتَحَقَّ كَالزَّائِلِ عَنْ مِلْكِهِ، وَهَذَا شِرَاؤُهُ فَيَمْلِكُهُ.

قَالَ: وَمَنْ غَصَبَ ثَوْبًا يَهُودِيًّا قِيمَتُهُ دُونَ الْمِئَةِ، فَاسْتَهْلَكَهُ، فَصَالَحَهُ

نَفْسِهِ، وَإِنْ قَتَلَ عَبْدٌ لَهُ رَجُلًا عَمْدًا فَصَالَحَهُ؛ جَازَ)، وهذه من مسائلِ «**الجامع الصغير**»[1]، وذلك لأن المَأْذُونَ يَمْلِكُ التصَرُّفَ فيما هو مِن كَسْبِه وتجارتِه، ورقبتُه ليست مِن كَسْبِه، وليست هي مِن تجارتِه؛ ولهذا لا يَمْلِكُ بَيْعَ نفسِه، وإنما هي للخدمةِ؛ ولهذا لا تَجِبُ الزكاةُ علىٰ مولاه في رقبَتِه، وإنما عليه صدقةُ [٤٠٩/٢ظ] الفطرِ، وإنْ كان التصَرُّفُ في رقبَتِه إلىٰ مولاه لا إليه، فلَمَّا لَمْ يَكُنْ له التصَرُّفُ في نفسِه؛ لَمْ يَجُز له أنْ يُصالِحَ عن نفسِه.

بخلافِ [٧٩/١٣ظ/د] ما إذا كان لهذا المَأْذُونِ عبدٌ قتَلَ رَجُلًا عمدًا، فصَالَح عنه مولاه المَأْذُونُ جاز؛ لأن عبْدَه مِن كَسْبِه وتجارتِه، ولهذا كان له أنْ يَبِيعَه، وقد صار عَبْدَه بحُكْمِ الجنايةِ مُسْتَحقَّ الهلاكِ، والمُسْتَحقُّ كالزائلِ عن مِلْكِه، فإذا صَالَحَ عنه؛ صار كأنه اشتراه، فجاز؛ لأن المَأْذُونَ يَمْلِكُ الشِّراءَ.

قولُه: (وَهَذَا شِرَاؤُهُ)، أي: صُلْحُ المَأْذُونِ عن عبْدِه القاتلِ عمدًا بمنزلةِ شرائِه ابتداءً؛ لأنه مُسْتَحقُّ الهلاكِ، والمُسْتَحقُّ كالزائلِ (فَيَمْلِكُهُ)، أي: يَمْلِكُ المَأْذُونُ الشِّراءَ؛ لأنه مِن التِّجَارةِ.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ غَصَبَ ثَوْبًا يَهُودِيًّا قِيمَتُهُ دُونَ الْمِئَةِ، فَاسْتَهْلَكَهُ، فَصَالَحَهُ

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤١٩].

مِنْهَا عَلَىٰ مِئَةِ دِرْهَمٍ؛ جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: يَبْطُلُ الْفَضْلُ عَلَىٰ قِيمَتِهِ بِمَا لَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِيهِ؛ لِأَنَّ الْوَاجِبَ هِيَ الْقِيمَةُ وَهِيَ مُقَدَّرَةٌ [٩١/و] فَالزِّيَادَةُ عَلَيْهَا تَكُونُ رِبًا، بِخِلَافِ مَا إِذَا صَالَحَ عَلَىٰ عَرَضٍ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ لَا تَظْهَرُ عِنْدَ اخْتِلَافِ الْجِنْسِ، وَبِخِلَافِ مَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ يَدْخُلُ تَحْتَ تَقْوِيمِ الْمُقَوِّمِينَ؛ فَلَا يَظْهَرُ الزِّيَادَةُ.

غاية البيان

مِنْهَا عَلَىٰ مِئَةِ دِرْهَمٍ؛ جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: يَبْطُلُ الْفَضْلُ عَلَىٰ قِيمَتِهِ بِمَا لَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِيهِ)، أي: قال في «**الجامع** [٦/١٨٩ظ/م] **الصغير**»(١)، هذا إذا كان المَغْصُوبُ مسْتهلَكًا، وإنْ كان قائمًا بعَيْنِه: فالصُّلْحُ جائزٌ بالغًا ما بلَغ في القولينِ جميعًا، وعليه نصَّ في «**الأصل**»(٢)، في بابِ الصُّلْحِ في الغَصْبِ.

وعلىٰ هذا الخلافُ: إذا غَصَب عبدًا فأبقَ منه، أوْ هلَك في يدِه، فَصَالَحه علىٰ أكثرَ مِن قيمَتِه، ومِن أصحابِنا مَن قال: الخلافُ فيما إذا أَبَقَ العبدُ، أمَّا إذا كان مُسْتهلَكًا، فصَالَح علىٰ أكثرَ مِن قيمَتِه؛ لا يَجُوزُ عندَهم، **والأصحُّ**: أن الخلافَ فيهما جميعًا. كذا ذكرَ قاضي خان [١٣/٨٠و/د] في «**شرح الجامع الصغير**»(٣).

وعلىٰ هذا الخلافِ: إذا غَصَب عبدًا فهلَك في يدِه، فَصَالَحه علىٰ مالٍ، ثم أقام الغَاصِبُ البَيِّنَةَ علىٰ أن قيمتَه أقلُّ مما صَالَحَ عليه بكثيرٍ؛ لَمْ تُقْبَلْ بَيِّنَتُه في قولِ أبي حنيفةَ.

وقال أبو يوسفَ ومحمَّدٌ: تُقْبَلُ بَيِّنَتُه، ويُرَدُّ زيادةُ القِيمَةِ علىٰ الغَاصِبِ إذا

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٢٠].
(٢) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [١١/٩٣/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].
(٣) ينظر: «شرح الجامع الصغير» لقاضيخان [ق/٢١٠].

. . . .

كان العبدُ مُسْتهلَكًا. كذا ذكَر شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ في «**شرح الكافي**».

وَجْهُ قولِهما: أن الواجبَ عندَ اختيارِ الضَّمانِ قَدْرُ القِيمَةِ، فإذا صَالَحَ علىٰ أكثرَ مِن القِيمَةِ؛ كان رِبًا، فلا يَجُوزُ، كما إذا صَالَحَ مِن الدِّيَةِ علىٰ أكثرَ مِن ألفِ دينارٍ، أوْ مِن عشرةِ آلافِ درهمٍ؛ لا يَجُوزُ.

وكما إذا قضَىٰ القاضي لِلشَّفِيعِ بِالشُّفْعَةِ بأكثرَ مِن الثَّمَنِ الذي اشْتَرَىٰ به المُشْتَرِي، ورَضِيَ به الشَّفِيعُ؛ لم يَجُزْ، وكما إذا كان العبدُ بينَ اثنينِ أعتَقه أحدُهما، وهو مُوسِرٌ، فَصَالَحه الآخرُ علىٰ أكثرَ مِن نِصْفِ قيمتِه، فالزيادةُ باطلةٌ، وكما لو قضَىٰ القاضي بقيمةِ المَغْصُوبِ علىٰ الغَاصِبِ، ثم صَالَحَ علىٰ أكثرَ مِن القِيمَةِ؛ لا يَجُوزُ بالاتِّفاقِ، فكذا هنا.

بخلافِ ما إذا صَالَحَ علىٰ عَرَضٍ قيمتُه أكثرُ مِن قِيمَةِ المَغْصُوبِ؛ فإنه يَجُوزُ؛ لأن الزِّيَادةَ لا تَظْهَرُ عندَ اختلافِ الجنسِ، فلا يَكُونُ رِبًا، وبخلافِ الْغَبْنِ اليسيرِ، فإنه لَمَّا دخلَ تحتَ تقويمِ المُقَوِّمين؛ لم يُعَدَّ ذلك فضْلًا، فلَمْ يَكُنْ رِبًا.

وجهُ [١٣/٨٠ظ/د] **قولِ أبي حنيفةَ** رَحِمَهُ اللَّهُ: أن حقَّ المَغْصُوبِ منه في المَغْصُوبِ الهالكِ لم يَنْقَطِعْ، ولَمْ يَتحوَّلْ إلىٰ القِيمةِ، فإذا كان حقُّه باقيًا فيه؛ كان هذا صُلْحًا عن المَغْصُوبِ لا عن قيمتِه، فلو صَالَحَ عنه حالَ قيامِه علىٰ أكثرَ مِن قيمتِه جاز، **فكذلك** بعدَ [٦/١٩٠و/م] هلاكِه؛ لأنه لا يتحَقَّقُ الرِّبا بينَ الثَّوْبِ أو العبدِ[1] **وبينَ الدراهمِ**.

والدليلُ علىٰ أن حقَّه لم يَنْقَطِعْ: أنه مُخَيَّرٌ بينَ أنْ يَبْقَىٰ **المَغْصُوبُ علىٰ مِلْكِه** ويُبْرِئُه مِن ضَمانِ القِيمةِ، ولهذا لوِ اختَار ذلك يَكُونُ الكفنُ **علىٰ المالكِ، ويَظْهَرُ مِلْكُه** في حقِّ الخُصُومةِ وجوازِ الصُّلْحِ عنه، حتىٰ **لو كان العبدُ آبِقًا فعاد مِن الإِباقِ؛**

---

(١) وقع بالأصل: «والعبد». والمثبت من: «ن»، و«تح»، و«غ».

. . . .

عاد مِلْكًا له، ولو كان اكتسَب كَسْبًا؛ كان الكسبُ له.

ولو كان نصَبَ شبَكةً، فتَعَقَّل بها[1] صيدٌ بعد موتِه؛ كان للمَغْصُوبِ منه، وإنما يُمْلَكُ الكسبُ بمِلْكِ الأصلِ، وبينَ أنْ يُزِيلَ المَغْصُوبَ عن [٤١٠/٢و] مِلْكِه إلى القِيمةِ، فإذا اختَار القِيمةَ ـ وأَخْذُ القِيمَةِ حَقٌّ ثابتٌ له ـ فكان التقديرُ إليهما، فإذا قَدَّرا بهذا جاز على ما تراضَيا، فيَكُونُ القِيمةُ ما جعَلاه قِيمةً، فلا يَلْزَمُ الرِّبا.

والدليلُ على أنَّ حقَّه لم يَنْقَطِعْ فيه أيضًا: أنه لو صَالَحَ مِن القِيمةِ على مَكِيلٍ غيرِ مُعَيَّنٍ، وقبضَ في المجلسِ صحَّ، ولو كان الحقُّ مُنْقَطعًا، ووجبَتِ القِيمةُ عيْنًا لَمَا صحَّ؛ لأنه يَكُونُ سَلَمًا، فلا بُدَّ مِن شرائطِ عَقْدِ السَّلَمِ.

أو نَقُولُ: إن حقَّ المَغْصُوبِ منه في المِثْلِ صورةٌ ومَعْنًى؛ لأنه هو الأصلُ في ضَمانِ العدوانِ، وإنما يُنْقَلُ عنه إلى المِثْلِ مَعْنًى، وهو المِثْلُ بِالقِيمةِ عندَ القَضاءِ، فقَبْلَ القَضَاءِ إذا تصالَحا على الأكثرِ؛ لا يَلْزَمُ الرِّبَا؛ لأن ذلك اعتياضٌ عن حقِّه في العينِ، لا اسْتِيفَاءَ [١٣/٨١و/د] لعيْنِ حقِّه بأكثرَ منه، فلا يَتَحَقَّقُ الرِّبا.

بخلافِ ما إذا كان الصُّلْحُ على الأكثرِ بعدَ قَضَاءِ القاضي بِالقِيمةِ؛ لأنه تقرَّر الحقُّ فيها، فتكونُ الزِّيَادةُ رِبًا لا محالةَ، وبخلافِ الدِّيَةِ فإنها مقدَّرةٌ شرعًا، فلَمْ تَجُزِ الزِّيَادَةُ على ذلك؛ لِئَلَّا يَلْزَمَ تغييرُ الثابتِ شرعًا.

وبخلافِ مسألةِ الشُّفْعَةِ أيضًا: فإن المُشْتَرِيَ مجبورٌ على إزالةِ المِلْكِ إلى الشَّفِيعِ بثَمَنٍ مُقَدَّرٍ، وهو الثَّمَنُ الذي قام عليه، فكان ذلك مُتَعَيَّنًا، فلا يَمْلِكُ التغييرُ بالزِّيَادةِ على ذلك.

وبخلافِ ضَمانِ العِتْقِ؛ لِأَنَّا نَقُولُ: لَا نُسَلِّمُ أنه لا يَجُوزُ الصُّلْحُ على أكثرَ مِن

---

(١) **فتَعَقَّل بها:** أي نَشِبَ وعَلِقَ. ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزِي [٧٦/٢].

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ حَقَّهُ فِي الْهَالِكِ بَاقٍ حَتَّىٰ لَوْ كَانَ عَبْدًا وَتَرَكَ أَخْذَ الْقِيمَةِ **يَكُونُ الْكَفَنُ عَلَيْهِ**، أَوْ حَقَّهِ فِي مِثْلِهِ صُورَةً وَمَعْنًى، لِأَنَّ ضَمَانَ الْعُدْوَانِ بِالْمِثْلِ، وَإِنَّمَا يَنْتَقِلُ إِلَى الْقِيمَةِ بِالْقَضَاءِ **فَقَبْلَهُ** إِذَا تَرَاضَيَا عَلَى الْأَكْثَرِ كَانَ اعْتِيَاضًا؛ فَلَا يَكُونُ رِبًا، بِخِلَافِ الصُّلْحِ بَعْدَ الْقَضَاءِ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ قَدِ انْتَقَلَ إِلَى الْقِيمَةِ.

غاية البيان

قِيمةِ نِصْفِ المُعْتَقِ علىٰ قولِ أبي حنيفةَ؛ لأن بعضَ أصحابِنا منَعُوا ذلك [٦/١٩٠ظ/م] علىٰ قولِ أبي حنيفةَ. كذا ذكَر شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ في **«شرح الكافي»**.

وَلَئِنْ سَلَّمْنَا ذلك فنقولُ: لا يَرِدُ علينا ذلك؛ لأن ثَمَّةَ حقَّ الساكتِ مُقَدَّرٌ في القِيمةِ شرعًا، لا يَحْتَمِلُ المزيدَ، قال النبيُّ ﷺ: **«مَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا بَيْنَهُ وَبَيْنَ شَرِيكِهِ؛ قُوِّمَ الْعَبْدُ قِيمَةَ عَدْلٍ، لَا وَكْسَ فِيهِ وَلَا شَطَطَ»**[١]، فإن كان المُعْتِقُ مُوسِرًا فعليه خلاصُه، وإلا سعَىٰ العبدُ فيه، وفيما نحنُ فيه لم يُوجَدِ التقديرُ شرعًا، وإنْ كان المَغْصُوبُ قائمًا؛ فالصُّلْحُ علىٰ أكثرَ مِن القِيمةِ جائزٌ في قولِهم جميعًا؛ لأنه بَيْعٌ.

قولُه: (ثَوْبًا يَهُودِيًّا)، يهودُ: قومٌ مِن أهلِ الكتابِ [١٣/٨١ظ/د]، يُنْسَبُ إليهم الثَّوْبُ، فيُقالُ: ثوبٌ يهودِيٌّ[٢].

قولُه: (يَكُونُ الْكَفَنُ عَلَيْهِ)، أي: كَفَنُ العبدِ علىٰ المَغْصُوبِ منه.

قولُه: (فَقَبْلَهُ)، أي: قبلَ القَضاءِ.

(١) أخرجه: مسلم في كتاب الأيمان/ باب من أعتق شركا له في عبد [رقم/١٥٠١]، **وأبو داود في** كتاب العتق/ باب فيمن روىٰ أنه لايستسعىٰ [رقم/٣٩٤٧]، والشافعي **في «مسنده/ ترتيب** السندي» [١/١٩٤]، وأحمد في «المسند» [٢/١١]، عَنْ سَالِمِ بْنِ **عَبْدِ اللهِ ابن عُمَر، عَنْ أَبِيهِ: أَنَّ** رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا بَيْنَهُ وَبَيْنَ آخَرَ، **قُوِّمَ عَلَيْهِ فِي مَالِهِ قِيمَةَ عَدْلٍ، لَا وَكْسَ، وَلَا شَطَطَ، ثُمَّ عَتَقَ عَلَيْهِ فِي مَالِهِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا**». لفظ مسلم.

(٢) ينظر: «العناية شرح الهداية» [٨/٤٢٠]، **«البناية شرح الهداية» [١٠/١٨]**.

قَالَ: وَإِذَا كَانَ الْعَبْدُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ ؛ أَعْتَقَهُ أَحَدُهُمَا وَهُوَ مُوسِرٌ ، فَصَالَحَهُ الْآخَرُ عَلَىٰ أَكْثَرَ مِنْ نِصْفِ قِيمَتِهِ ؛ فَالْفَضْلُ بَاطِلٌ وَهَذَا بِالِاتِّفَاقِ ، أَمَّا عِنْدَهُمَا فَلِمَا بَيَّنَّا . وَالْفَرْقُ لِأَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله أَنَّ الْقِيمَةَ فِي الْعِتْقِ مَنْصُوصٌ عَلَيْهَا ، وَتَقْدِيرُ

غاية البيان

قوله: (قَالَ: وَإِذَا كَانَ الْعَبْدُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ ؛ أَعْتَقَهُ أَحَدُهُمَا وَهُوَ مُوسِرٌ ، فَصَالَحَهُ الْآخَرُ عَلَىٰ أَكْثَرَ مِنْ نِصْفِ قِيمَتِهِ ؛ فَالْفَضْلُ بَاطِلٌ) ، أي: قال في «**الجامع الصغير**» .

وصورتُها فيه: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفةَ: في عبْدٍ بينَ رَجُلَيْنِ ، أعتَقه أحدُهما وهو مُوسِرٌ ، فصَالَح الذي لم يَعْتِقِ العبدَ على أكثرَ مِن نِصْفِ قيمَتِه دراهمَ أوْ دنانيرَ ، قال: أُبْطِلُ الفضلَ علىٰ نِصْفِ قيمتِه ، وإنْ صَالَحه علىٰ عُروضٍ ؛ فهو جائزٌ»[1] . إلىٰ هنا لفْظُ محمَّدٍ في أصْلِ «**الجامع الصغير**» .

قال صاحبُ «الهداية»: (وَهَذَا بِالِاتِّفَاقِ) ، وقد منَعه بعضُ أصحابِنا ، مَرَّ بيانُه قبلَ هذا .

وعلىٰ تقديرِ التَّسْلِيم فنَقُولُ: مذهَبُهُما ظاهرٌ ؛ لأنهما إنما أبطَلا الفضلَ بالغَبْنِ الفاحشِ في المسألةِ المتقدِّمةِ ؛ لكونِه رِبًا ، وهنا كذلك .

وأبو حنيفةَ رحمه الله **فَرَّقَ فقال**: الفضلُ في صُلْحِ الشَّرِيكِ الساكتِ علىٰ أكثرَ مِن نِصْفِ القِيمةِ لا يَجُوزُ ؛ لأن القِيمةَ مُقَدَّرةٌ شرعًا بقيمةِ عدْلٍ ، فلا يَجُوزُ تَغْيِيرُها[2] ؛ لأن تقديرَ الشَّرْعِ ليس بأقلَّ مِن تقديرِ القاضي ، فإذا قَدَّرَ القاضي لا يَجُوزُ الصُّلْحُ علىٰ أكثرَ [٤١٠/٢ظ] مِن ذلك ، فكذا لا يَجُوزُ الفضلُ علىٰ [٨٢/١٣و/د] التقديرِ الشرعيِّ .

بخلافِ المسألةِ المتقدِّمةِ ، فإن القِيمةَ ليست بمنصوصةٍ[3] ، فكانت القِيمةُ

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٢٠] .
(٢) في «غ»: «تعيينها» .
(٣) وقع بالأصل: «بمخصوصة» . والمثبت من: «ن» ، و«م» ، و«تح» ، و«غ» .

الشَّرْعِ لَا يَكُونُ دُونَ تَقْدِيرِ الْقَاضِي ، فَلَا يَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلَيْهِ ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ ؛ لِأَنَّهَا غَيْرُ مَنْصُوصٍ عَلَيْهِا ، وَإِنْ صَالَحَهُ عَلَىٰ عُرُوضٍ جَازَ لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ لَا يَظْهَرُ الْفَضْلُ .

غاية البيان

ما اتَّفقا عليه ، فلا يَلْزَمُ الرِّبا [٦/١٩١و/م] ، وبخلافِ ما إذا صالَحَ علىٰ عُرُوضٍ ، حيثُ يَجُوزُ الصُّلْحُ علىٰ الفضلِ ؛ لأن عندَ اختلافِ الجنسِ لا يَظْهَرُ الزِّيَادةُ ، فلا يتحَقَّقُ الرِّبا .

والله تَعَالىٰ أعلمُ .

بَابُ
التَّبَرُّعِ بِالصُّلْحِ وَالتَّوْكِيلِ بِهِ

قَالَ: وَمَنْ وَكَّلَ رَجُلًا بِالصُّلْحِ عَنْهُ فَصَالَحَ ؛ لَمْ يَلْزَمِ الْوَكِيلَ مَا صَالَحَ عَنْهُ إِلَّا أَنْ يَضْمَنَهُ ، وَالْمَالُ لَازِمٌ لِلْمُوَكِّلِ ، وَتَأْوِيلُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ إِذَا كَانَ الصُّلْحُ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ ، أَوْ كَانَ الصُّلْحُ عَنْ بَعْضِ مَا يَدَّعِيهِ مِنَ الدَّيْنِ ؛ لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ مَحْضٌ

غاية البيان

بَابُ
التَّبَرُّعِ بِالصُّلْحِ وَالتَّوْكِيلِ بِهِ

لَمَّا كان صُلْحُ الإنسانُ بمباشرتِه أصْلًا: قَدَّمَه على الصُّلْحِ الواقعِ بمباشرةِ غيرِه وتَصَرُّفِه، وهو المرادُ مِن التبَرُّعِ بالصُّلْحِ ؛ لأن عملَ الشخصِ لغيرِه تَبَرُّعٌ.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ وَكَّلَ رَجُلًا بِالصُّلْحِ عَنْهُ فَصَالَحَ ؛ لَمْ يَلْزَمِ الْوَكِيلَ مَا صَالَحَ عَنْهُ إِلَّا أَنْ يَضْمَنَهُ ، وَالْمَالُ لَازِمٌ لِلْمُوَكِّلِ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «**مختصره**»[1].

وروايةُ الشيخِ أبي نصرٍ في «**المختصر**»: «ما صالح عليه»[2]. والضميرُ راجعٌ إلى «ما»، والمرادُ منه: بدلُ الصُّلْحِ، وعلى روايةِ صاحبِ «**الهداية**»: الضميرُ في **(عَنْهُ)** يَرْجِعُ إلى **(مَنْ وَكَّلَ)**، أي: عن المُوَكِّلِ.

فعلى التقديرَيْنِ يَكُونُ معناه: لم يَلْزَمِ الوَكِيلُ ما صالَحَ، وهو بدلُ الصُّلْحِ، بل هو لازمٌ على المُوَكِّلِ إلا إذا ضَمِنَهُ، واللامُ في **(لِلْمُوَكِّلِ)**، بمعنى: «على»، كما في قولِه تَعالى: ﴿وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا﴾ [الإسراء: ٧]، أي: فعليها.

قال صاحبُ «الهداية»: (وَتَأْوِيلُ الْمَسْأَلَةِ: إِذَا كَانَ الصُّلْحُ [١٣/٨٢ظ/د] **عَنْ دَمِ**

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٢٢].

(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [١/ق/٣٨٥].

فَكَانَ الْوَكِيلُ فِيهِ سَفِيرًا وَمُعَبِّرًا فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ كَالْوَكِيلِ بِالنِّكَاحِ إِلَّا أَنْ يَضْمَنَهُ ؛ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ هُوَ مُؤَاخَذٌ بِعَقْدِ الضَّمَانِ لَا بِعَقْدِ الصُّلْحِ ، أَمَّا إِذَا كَانَ الصُّلْحُ عَنْ مَالٍ بِمَالٍ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الْبَيْعِ فَتَرْجِعُ الْحُقُوقُ إِلَى الْوَكِيلِ ؛ فَيَكُونُ الْمُطَالَبُ بِالْمَالِ هُوَ الْوَكِيلُ دُونَ الْمُوَكِّلِ .

﴿ غاية البيان ﴾

الْعَمْدِ ، أَوْ كَانَ الصُّلْحُ عَنْ بَعْضِ مَا يَدَّعِيهِ مِنَ الدَّيْنِ) ، يعني : أن هذا الذي ذكرَه القُدُورِيُّ - وهو قولُه: «لم يَلْزَم الوَكِيلُ ما صالَحَ»[١] - لا يَصِحُّ على الإطلاقِ ، وإنما يَصِحُّ فيما إذا لم يَكُنِ الصُّلْحُ في معنى المُعَاوَضَةِ ، كالصُّلْحِ عن دمِ العَمْدِ ، والصُّلْحُ على بعضِ ما يَدَّعِيه مِنَ الدَّيْنِ ؛ لأنه إسقاطٌ ، فكان الوَكِيلُ فيه سفيرًا ، ولا تتعَلَّقُ حُقُوقُ العقدِ بالسفيرِ ، كما في الوَكِيلِ بِالنِّكَاحِ ، إلا إذا ضَمِن بدلَ الصُّلْحِ ، فحينَئِذٍ يَلْزَمُهُ بحُكْمِ الكَفَالَةِ والضَّمَانِ ، لا بحُكْمِ عَقْدِ الصُّلْحِ .

أَمَّا إذا وكَّلَه بالصُّلْحِ عن مالٍ بمالٍ ؛ فيَجِبُ أن يَلْزَمَ المالُ الوَكِيلَ ؛ لأنه في معنى البَيْعِ ، وحُقُوقُ العَقْدِ في البَيْعِ تَتَعَلَّقُ بِالوَكِيلِ دونَ المُوَكِّلِ . كذا في **«شرح الأقطع»**[٢] ، وهذا التقديرُ على ما قال صاحبُ **«الهداية»** ، ولكن صاحبَ **«التحفة»** قال على إطلاقِ جوابِ **«المختصر»** : «إذا لم يَضْمَنْ»[٣] ، وكذلك قال في **«شرح الطَّحَاوِيِّ»** أيضًا[٤] .

قال في «التحفة» : «إذا كان الصُّلْحُ بإذنِ المُدَّعَى عليه ؛ يَصِحُّ الصُّلْحُ ، ويَكُونُ وَكِيلًا [٦/١٩١ظ/م] عنه في الصُّلْحِ ، ويَجِبُ المالُ على المُدَّعَى عليه دونَ الوَكِيلِ ، سواءٌ كان الصُّلْحُ عن إِقْرَارٍ ، أوْ عن إنكارٍ ؛ لأن الوَكِيلَ في الصُّلْحِ لا تَرْجِعُ إليه

(١) المصدر السابق .
(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٣٨٤] .
(٣) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٣/٢٥٧] .
(٤) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيُّ [ق/٢٥٣] .

قَالَ: وَإِنْ صَالَحَ رَجُلٌ عَنْهُ بِغَيْرِ أَمْرِهِ؛ فَهُوَ عَلَىٰ أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ: إنْ صَالَحَ

الحقُوقُ، وهذا إذا لم يَضْمَنْ بدلَ الصُّلحِ عن المُدَّعَىٰ عليه، فأمَّا إذا ضَمِن؛ فإنه يَجِبُ عليه بحُكْمِ الكَفالةِ والضَّمانِ، لا بحُكْمِ العَقْدِ»[1].

وقال [١٣/٨٣و/د] شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ في «**شرح الكافي**»: «لوِ ادَّعَىٰ في دارِ رَجُلٍ دعوىٰ، فصالَحَه عنه آخَرُ، فإذا أضاف الصُّلْحَ إلىٰ الذي في يديه الدَّارُ ـ سواءٌ كان عن إِقْرَارٍ أوْ عن إنكارٍ ـ إنْ كان بأمْرِه: فالضمانُ علىٰ الآمرِ، ولا شيءَ علىٰ المُصَالحِ، والمُصَالَحُ عنه سالِمٌ للذي في يديْهِ؛ لأنه أخرَج الكلامَ مخرَجَ الرسالةِ، حيثُ أضاف الصُّلْحَ إلىٰ غيرِه بقولِه: «صالِحْ فلانًا»، ولا عُهْدَةَ علىٰ الرسولِ.

وكذلك إنْ قال: «صالحتُك»، ولم يَذْكُرْ فلانًا؛ فهو بمنزلةِ الإضافةِ إلىٰ فلانٍ؛ لأن الصُّلْحَ لقَطْعِ الخُصُومةِ، والخُصُومةُ بينَ المُدَّعِي وبينَ فلانٍ، فصار هذا والإضافةُ إليه سواءً.

وإنْ أضاف إلىٰ نفسِه بأنْ قال: «صالِحْني»، فقد جعلَ نفسَه أصْلًا في العَقْدِ، فيُؤْخَذُ به، ثم يَرْجِعُ بما ضَمِن علىٰ الآمرِ؛ لوقوعِ حُكْمِ العَقْدِ له، وكذلك لو لم يُضِفْ إلىٰ نفسِه، ولكن ضَمِن أوْ أضاف[2] إلىٰ مالِ نفسِه، بأنْ قال: صالحتُك علىٰ مئةِ درهم [٢/٤١١و] مِن مالي، أوْ علىٰ عبدِي هذا؛ لأنه لَمَّا التزمَ المالَ؛ فقد جعلَ نفسَه أصْلًا، وأنه يَصْلُحُ أصلًا في هذا العَقْدِ، ثم يَرْجِعُ بما ضَمِن علىٰ الآمِرِ؛ لأنه بمنزلةِ الوَكِيلِ بِالشِّراءِ، وبمنزلةِ الوَكيلِ بالخُلْعِ، وفي الموضعَيْنِ الجوابُ هكذا». إلىٰ هنا لَفْظُ «**شرح الكافي**».

قولُه: (قَالَ: وَإِنْ صَالَحَ رَجُلٌ عَنْهُ بِغَيْرِ أَمْرِهِ؛ فَهُوَ عَلَىٰ أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ: إنْ صَالَحَ

---

(١) المصدر السابق.

(٢) وقع بالأصل: «وأضاف». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

بِمَالٍ وَضَمِنَهُ؛ تَمَّ الصُّلْحُ؛ لِأَنَّ الْحَاصِلَ لِلْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ لَيْسَ إِلَّا الْبَرَاءَةَ،

بِمَالٍ وَضَمِنَهُ؛ تَمَّ الصُّلْحُ)، أي: قال القُدُورِيُّ [١٣/٨٣ظ/د] في «مختصره»[1]، هذا الذي ذكَره أحدَ الوجوهِ الأربعةِ، وذلك أن المالَ وإنْ لم يَجِبْ عليه بعَقْدِ الصُّلْحِ؛ يَجِبُ بِالضَّمانِ، ويَلْزَمُهُ بضمانِه للمُدَّعِي؛ لأن قَضَاءَ دَيْنِ الغيرِ بغيرِ إذْنِه جائزٌ؛ لأن الصُّلْحَ بطريقِ الْإِسْقَاطِ يَصِحُّ، والساقطُ يَتَلاشَىٰ، فيستَوِي فيه الفُضُولِيُّ والمُدَّعَىٰ عليه، فيَصْلُحُ الأجنبيُّ أصيلًا في حقِّ الضَّمانِ إذا أضافَ الضَّمانَ إلىٰ نفسِه، بأنْ قال: صالِحْنِي علىٰ ألفٍ، علىٰ أني بها ضامنٌ؛ كالزوجِ إذا خالَع امرأتَه [٦/١٩٢و/م] مَعَ أجنبيٍّ فُضُولِيٍّ مِن جانبِ المرأةِ، وضَمِنَ الأجنبيُّ ذلك؛ كان بدلُ الخُلْعِ عليه، وكان أصيلًا في الضَّمانِ، ومُتَبَرِّعًا علىٰ المُدَّعَىٰ عليه بإسقاطِ الخُصُومةِ، فكذا هنا.

قال في «التحفة»: «فأمَّا إذا كان بغيرِ إذْنِه: فهذا صُلْحُ الفُضُولِيِّ، وهو علىٰ أربعةِ أوجهٍ: في ثلاثةٍ منها: يَصِحُّ الصُّلْحُ ويَلْزَمُ المالُ علىٰ المُصَالِحِ الفُضُولِيِّ، ولا يَجِبُ علىٰ المُدَّعَىٰ عليه شيءٌ، بأنْ يَقُولَ الفُضُولِيُّ للمُدَّعِي: أُصَالِحُك مِن دعواكَ هذه علىٰ فلانٍ بألفِ درهمٍ، علىٰ أني ضامنٌ لك هذه الألفَ، أوْ علىٰ هذه الألفِ، وهما فصْلٌ واحدٌ.

أو قال: علىٰ أَلْفِي هذه، أوْ علىٰ عبدِي هذا أضاف المالَ إلىٰ نفسِه، أوْ عَيَّنَ البدلَ، فقال: علىٰ هذه الألفِ، أوْ علىٰ هذا العبدِ. وإنما كان هكذا؛ لأن التبَرُّعَ بإسقاطِ [١٣/٨٤و/د] الدَّيْنِ، بأنْ يَقْضِيَ دَيْنَ غيرِه بغيرِ إذْنِه صحيحٌ، والتبرُّعُ بإسقاطِ الخُصُومةِ عن غيرِه صحيحٌ، والصُّلْحُ عن إِقْرَارِ إسقاطِ الدَّيْنِ، والصُّلْحُ عن إنكارٍ: إسقاطٌ للخُصُومةِ، فيَجُوزُ كيفما كان.

وفي فصْلٍ واحدٍ لا يَصِحُّ بأنْ قال: أُصَالِحُكَ مِن دعواكَ هذه علىٰ فلانٍ علىٰ

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٢٢].

وَفِي حَقِّهَا الْأَجْنَبِيُّ وَالْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ سَوَاءٌ، فَصَلُحَ أَصِيلًا فِيهِ إِذَا ضَمِنَهُ، كَالْفُضُولِيِّ بِالْخُلْعِ إِذَا ضَمِنَ [٩٢/ظ] الْبَدَلَ، وَيَكُونُ مُتَبَرِّعًا عَلَى الْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ،

غاية البيان

ألفِ درهمٍ، أوْ علىٰ عبْدٍ وسطٍ، فإنَّ هذا الصُّلْحَ مَوْقُوفٌ علىٰ إجَازةِ المُدَّعَىٰ عليه، إنْ أجاز يَصِحُّ، ويَجِبُ المالُ عليه دونَ المُصَالحِ؛ لأن الإجَازةَ بمنزلةِ ابتداءِ التَّوْكِيلِ، والحكمِ في الوكيلِ كذلك، وإنْ لم يَجُزْ يَبْطُلُ الصُّلْحُ؛ لأنه لا يَجِبُ المالُ والمُدَّعَىٰ لا يَسْقُطُ»[١].

قال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ في «شرح الكافي»: «وإنْ كان الصُّلْحُ بغيرِ أمْرِه: إنْ لم يُضِفْ إلىٰ نفسِه، أوْ لم يَضْمَنِ المالَ، أوْ لم يُضِفْ إلىٰ مالِ نفسِه، توَقَّفَ علىٰ إجَازَةِ الذي في يديْهِ الدَّارُ؛ لأنه تصَرُّفٌ علىٰ غيرِه، فلا بُدَّ أن يَقِفَ علىٰ إجازتِه، وإنْ أضاف إلىٰ نفسِه، أوْ إلىٰ مالِ نفسِه، أوْ ضَمِن؛ نفَذَ؛ لأنه جعلَ نفسَه أصلًا في هذا العَقْدِ بهذه الدَّلالاتِ.

فإن كان الذي في يديْه مُقِرًّا بذلك: صار مُشْتريًا لنفسِه ذلك الشيءَ، وإنْ كان مُنْكِرًا: صار ذلك بمنزلةِ عَقْدِ الخُلْعِ علىٰ معنىٰ أنه يَبْذُلُ [١٣/٨٤ظ/د] مالًا بإزاءِ إسقاطِ حقٍّ، والأجنبيُّ يَصْلُحُ أصلًا في مِثْلِ هذا العَقْدِ، فنَفَذَ عليه بما شَرَطَ علىٰ نفسِه مِن الضَّمانِ، وسَقَطَ الدعوىٰ قِبلَ الذي في يديْه الدَّارُ».

قولُه: (وَفِي حَقِّهَا)، أي: في حقِّ البَراءةِ، (فِيهِ)، أي: في الصُّلْحِ.

قولُه: (وَيَكُونُ مُتَبَرِّعًا عَلَىٰ الْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ)، بالواوِ [٦/١٩٢ظ/م]، وهذا يَرْتَبِطُ بقولِه: (فَصَلَحَ أَصِيلًا)، يَعْنِي: صلَح الأجنبيُّ الفُضُوليُّ أصيلًا في حقِّ الضَّمانِ، ومُتَبَرِّعًا على المُدَّعَىٰ عليه في إسقاطِ الخُصُومةِ، كما إذا قضَىٰ دَيْنَه بغيرِ إذْنِه، بخلافِ ما إذا كان الصُّلْحُ بأمْرِه، حيثُ لا يَكُونُ [٢/٤١١ظ] متبَرِّعًا.

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاءُ الدِّين السمرقندي [٣/٢٥٧].

كَمَا لَوْ تَبَرَّعَ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ بِأَمْرِهِ، **وَلَا يَكُونُ لِهَذَا الْمُصَالِحِ شَيْءٌ مِنَ الْمُدَّعَىٰ، وَإِنَّمَا ذَلِكَ لِلَّذِي فِي يَدِهِ**؛ لِأَنَّ تَصْحِيحَهُ بِطَرِيقِ الْإِسْقَاطِ، **وَلَا فَرْقَ فِي هَذَا بَيْنَ مَا إِذَا كَانَ مُقِرًّا، أَوْ مُنْكِرًا**.

وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: صَالَحْتُكَ عَلَىٰ أَلْفِي هَذِهِ، أَوْ عَلَىٰ عَبْدِي هَذَا؛ صَحَّ الصُّلْحُ، وَلَزِمَهُ تَسْلِيمُهَا؛ لِأَنَّهُ لَمَّا أَضَافَهُ إِلَىٰ مَالِ نَفْسِهِ فَقَدِ الْتَزَمَ تَسْلِيمَهُ فَصَحَّ

غاية البيان

قولُه: (وَلَا يَكُونُ لِهَذَا الْمُصَالِحِ شَيْءٌ مِنَ الْمُدَّعَىٰ، وَإِنَّمَا ذَلِكَ لِلَّذِي فِي يَدِهِ)، **أي**: لا يَكُونُ الدَّيْنُ المُدَّعَىٰ المُصَالَحُ عنه للمُصالِحِ، بأن يُجْعَلَ كأنه اشتَراه، بل يَكُونُ ذلك للمُدَّعَىٰ عليه، بخلافِ ما إذا كان المُدَّعَىٰ عينًا، والمُدَّعَىٰ عليه مُقِرٌّ بذلك، حيثُ يُجْعَلُ المُصَالِحُ بغيرِ أَمْرِه مُشْتريًا لذلك الشيءِ.

والفرقُ: أن تمليكَ الدَّيْنِ مِن غيرِ مَن عليه الدَّيْنُ لا يَجُوزُ، فلِهذا لم يَجُزْ شِرَاءُ الدَّيْنِ، بخلافِ شِراءِ العينِ التي في يدِ المُدَّعَىٰ عليه؛ حيثُ يَجُوزُ أَنْ يشْتريَها آخرُ مِن المُدَّعِي إذا كان المُدَّعَىٰ عليه مُقِرًّا.

قولُه: (وَلَا فَرْقَ فِي هَذَا بَيْنَ مَا إِذَا كَانَ مُقِرًّا، أَوْ مُنْكِرًا)، **أي**: لا فرْقَ في تمامِ الصُّلْحِ مِن الفُضُوليِّ إذا ضَمِن ـ وكونُه أصيلًا في الضَّمانِ، ومُتَبَرِّعًا في إسقاطِ الخُصُومةِ علىٰ المُدَّعَىٰ عليه ـ [١٣/٨٥و/د] بينَ ما إذا كان المُدَّعَىٰ عليه مُقِرًّا، أو مُنْكِرًا، ويَدُلُّ علىٰ هذا التقديرِ روايةُ «**التحفة**» وغيرِها.

ويَجُوزُ أَنْ يُقَالَ: لا فرْقَ في هذا، **أي**: في أن المُصَالِحَ الفُضُولِيَّ لا يَمْلِكُ الدَّيْنَ المُدَّعَىٰ، سواءٌ كان المُدَّعَىٰ عليه مُقِرًّا، أوْ مُنْكِرًا؛ لأنه حينَئذٍ يَلْزَمُ تمليكُ الدَّيْنِ مِن غيرِ مَن عليه الدَّيْنُ، وذلك لا يَجُوزُ.

قولُه: (وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: صَالَحْتُكَ عَلَىٰ أَلْفِي هَذِهِ، أَوْ عَلَىٰ عَبْدِي هَذَا؛ صَحَّ الصُّلْحُ، وَلَزِمَهُ تَسْلِيمُهَا)، **أي**: لزِم الفُضُولِيَّ تسليمُ الألفِ؛ وذلك لأن إضافةَ

الصُّلْحُ، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: عَلَىٰ أَلْفٍ، وَسَلَّمَهَا؛ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ إِلَيْهِ يُوجِبُ سَلَامَةَ الْعِوَضِ لَهُ فَيَتِمُّ الْعَقْدُ لِحُصُولِ مَقْصُودِهِ.

وَلَوْ قَالَ: صَالَحْتُكَ عَلَىٰ أَلْفٍ؛ فَالْعَقْدُ مَوْقُوفٌ، فَإِنْ أَجَازَ الْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ؛ جَازَ وَلَزِمَهُ الْأَلْفُ، وَإِنْ لَمْ يُجِزْهُ بَطَلَ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي الْعَقْدِ إِنَّمَا هُوَ الْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ دَفْعَ الْخُصُومَةِ حَاصِلٌ لَهُ، إِلَّا أَنَّ الْفُضُولِيَّ يَصِيرُ أَصِيلًا بِوَاسِطَةِ إِضَافَةِ الضَّمَانِ إِلَىٰ نَفْسِهِ، فَإِذَا لَمْ يُضِفْ بَقِيَ عَاقِدًا مِنْ جِهَةِ الْمَطْلُوبِ، فَيَتَوَقَّفُ عَلَىٰ إِجَازَتِهِ.

غاية البيان

المالِ المَعْقُودِ عليه إلىٰ نفسِه تَقْتَضِي التزامَ التَّسْلِيمِ؛ إذ لو لَمْ يقْتَضِ ذلك لم يَكُنْ لإضافتِه إلىٰ نفسِه مَعْنًى، فلَمَّا لزِمَهُ التَّسْلِيمُ بدلالةِ الإضافةِ؛ تَمَّ[1] عَقْدُ الصُّلْحِ، وهذا الذي ذكَره هو الوجهُ الثاني مِن الوجوهِ الأربعةِ.

قولُه: (وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: عَلَىٰ أَلْفٍ، وَسَلَّمَهَا)، أي: يَتِمُّ الصُّلْحُ أيضًا إذا صالَحَ علىٰ ألفٍ مُطْلَقةٍ، وسَلَّمَ الألفَ، وهذا هو الوجهُ الثالثُ من الوجوهِ الأربعةِ، وذلك لأنَّ تسليمَ بدلِ الصُّلْحِ إلىٰ المُدَّعِي يُوجِبُ سلامةَ البدلِ للمُدَّعِي.

والمَقْصُودُ مِن عَقْدِ الصُّلْحِ: سلامةُ البدلِ له، فإذا حصَل المَقْصُودُ تَمَّ العَقْدُ.

قولُه: (وَلَوْ قَالَ: صَالَحْتُكَ [٦/١٩٣و/م] **عَلَىٰ أَلْفٍ؛ فَالْعَقْدُ مَوْقُوفٌ، فَإِنْ أَجَازَ الْمُدَّعَىٰ** [١٣/٨٥ظ/د] **عَلَيْهِ؛ جَازَ وَلَزِمَهُ الْأَلْفُ، وَإِنْ لَمْ يُجِزْهُ؛ بَطَلَ)**، وهذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «**مختصره**»[2]، وهو الوجهُ الرابعُ مِن الوجوهِ الأربعةِ التي ذكَرَها، وذلك لأن الأصلَ في عَقْدِ الصُّلْحِ: هو المُدَّعَىٰ عليه؛ لأنه هو المحتاجُ إلىٰ إسقاطِ الخُصُومةِ عن نفسِه، والفُضُولِيُّ تَبَرَّعٌ بعَقْدِ الصُّلْحِ لا بالتزامِ المالِ، فلا يَلْزَمُهُ ما لم

(١) وَقَع بالأصل: «ثم». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٢٢].

قَالَ الْعَبْدُ الضَّعِيفُ: وَوَجْهٌ آخَرُ: أَنْ يَقُولَ: صَالَحْتُكَ عَلَىٰ هَذِهِ الْأَلْفِ، أَوْ عَلَىٰ هَذَا الْعَبْدِ، وَلَمْ يَنْسُبْهُ إِلَىٰ نَفْسِهِ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا عَيَّنَهُ لِلتَّسْلِيمِ؛ صَارَ شَارِطًا سَلَامَتَهُ لَهُ، فَيَتِمُّ بِقَوْلِهِ.

وَلَوِ اسْتُحِقَّ الْعَبْدُ، أَوْ وَجَدَ بِهِ عَيْبًا فَرَدَّهُ، فَلَا سَبِيلَ لَهُ عَلَىٰ الْمُصَالِحِ؛

غاية البيان

يَلْتَزِمْ، فلَمَّا لم يَلْزَمْهُ ذلك؛ قُلنا بكونِ العَقْدِ موقوفًا على الإجازةِ؛ لأن تصَرُّفَه وَقَع في حقِّ الغيرِ، فلا بُدَّ مِن إجازتِه.

فإذا أجاز صار كأنه عقَد بأمْرِه، ولزِم المالُ المُدَّعَىٰ عليه، فيَتِمُّ العَقْدُ بسلامةِ العِوَضِ للمُدَّعِي، وإذا لم يُجِزْ بَطَلَ الصُّلْحُ؛ لعدَمِ سلامةِ العِوَضِ للمُدَّعِي؛ لأن المَقْصُودَ مِن الصُّلْحِ: هو سلامةُ العِوضِ [له][1]، فإذا لم يَسْلَمِ العِوَضُ؛ لا تَسْقُطُ الخُصُومةُ عنِ المُدَّعَىٰ عليه؛ لأن سقوطَها مَوْقوفٌ على سلامةِ العِوَضِ، هذا إذا كان المُدَّعَىٰ عليه مُنْكِرًا للحقِّ، فإذا كان مُقِرًّا يَرْجِعُ المُدَّعِي بحقِّه عليه.

قولُه: (قَالَ الْعَبْدُ الضَّعِيفُ: وَوَجْهٌ آخَرُ: أَنْ يَقُولَ: صَالَحْتُكَ عَلَىٰ هَذِهِ الْأَلْفِ، أَوْ عَلَىٰ هَذَا الْعَبْدِ، وَلَمْ يَنْسُبْهُ إِلَىٰ نَفْسِهِ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا عَيَّنَهُ لِلتَّسْلِيمِ؛ صَارَ شَارِطًا سَلَامَتَهُ لَهُ، فَيَتِمُّ بِقَوْلِهِ)، أي: سلامةُ المُصَالَحِ عليه للمُدَّعِي، فيَتِمُّ الصُّلْحُ [١٣/٨٦و/د] بقولِ المُصَالِحِ. ذكَر هذا تفريعًا علىٰ مسألةِ القُدُورِيِّ.

قولُه: (وَلَوِ اسْتُحِقَّ الْعَبْدُ، أَوْ وَجَدَ بِهِ عَيْبًا فَرَدَّهُ، فَلَا سَبِيلَ لَهُ عَلَىٰ الْمُصَالِحِ)، ذكَره تفريعًا علىٰ مسألةِ القُدُورِيِّ.

قال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ في «شرح الكافي» - في بابِ الصُّلْحِ في العَقَارِ - [٢/٤١٢و]: «وإنْ صالَحَه على عبْدٍ بعَيْنِه، فوجَد به عيبًا فرَدَّه، أو اسْتُحِقَّ، أوْ وجدَ حُرًّا أوْ مُكاتبًا أوْ مُدَبَّرًا؛ عاد في دَعْوَاه ولم يَكُنْ له على المُصَالَحِ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

لِأَنَّهُ الْتَزَمَ الْإِيفَاءَ مِنْ مَحِلٍّ بِعَيْنِهِ وَلَمْ يَلْتَزِمْ شَيْئًا سِوَاهُ ، فَإِنْ سَلِمَ الْمَحَلُّ لَهُ تَمَّ الصُّلْحُ ، وَإِنْ لَمْ يَسْلَمْ لَهُ لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ . بِخِلَافِ مَا إِذَا صَالَحَ عَلَىٰ دَرَاهِمَ مُسَمَّاةٍ وَضَمِنَهَا وَدَفَعَهَا ثُمَّ اسْتُحِقَّتْ أَوْ وَجَدَهَا زُيُوفًا حَيْثُ يَرْجِعُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ نَفْسَهُ أَصِيلًا[1] فِي حَقِّ الضَّمَانِ ؛ **وَلِهَذَا يُجْبَرُ عَلَى التَّسْلِيمِ** ، فَإِذَا لَمْ يُسَلِّمْ لَهُ مَا سَلَّمَهُ رَجَعَ عَلَيْهِ بِبَدَلِهِ ، وَاللهُ أَعْلَمُ .

غاية البيان

شيءٌ ؛ لأنه لم يَضْمَنْ للمُدَّعِي شيئًا ، إنما تبَرَّع بمالٍ خاصٍّ ، وقد بَطَلَ ، فلا يَلْزَمُهُ التبَرُّعُ بمالٍ آخرَ ، وعاد المُدَّعِي إلىٰ دعْوَاه لاستحقاقِ بدلِ الصُّلْحِ .

ولو صالَحَه علىٰ دراهمَ مُسَمَّاةٍ ، وضَمِنها له ، ودفَعَها إليه ، فاسْتُحِقَّتْ ، أو وُجِدَتْ زَيْفًا أَوْ سَتُّوقَةً ؛ فله أنْ يَرْجِعَ علىٰ الذي صالَحَه بحُكْمِ الضَّمانِ ، دونَ الذي في يديْه الدَّارُ ، ولو صالَحَه علىٰ دراهمَ وضَمِنها ، ثم قال: لا أُؤَدِّيها ؛ أجبَرْتُه علىٰ أنْ يُؤَدِّيَها» . كذا في «**شرح الكافي**» .

قولُه [٦/١٩٣ظ/م]: (**وَلِهَذَا يُجْبَرُ عَلَىٰ التَّسْلِيمِ**) ، يعني: علىٰ تسليمِ الدراهمِ إذا ضَمِنَها ، بخلافِ ما إذا لم يَضْمَنْ ، حيثُ لا يُجْبَرُ .

(١) فِي حاشية الأَصْل: «خ: أصلا» .

بَابُ
الصُّلْحِ فِي الدَّيْنِ

وَكُلُّ شَيْءٍ وَقَعَ عَلَيْهِ الصُّلْحُ، وَهُوَ مُسْتَحَقٌّ بِعَقْدِ الْمُدَايَنَةِ؛ لَمْ يُحْمَلْ عَلَى الْمُعَاوَضَةِ، وَإِنَّمَا يُحْمَلُ عَلَى أَنَّهُ اسْتَوْفَى بَعْضَ حَقِّهِ، وَأَسْقَطَ بَاقِيَهُ، كَمَنْ لَهُ عَلَى آخَرَ أَلْفُ دِرْهَمٍ فَصَالَحَهُ عَلَى خَمْسِمَائَةٍ، وَكَمَنْ لَهُ عَلَى آخَرَ أَلْفُ دِرْهَمٍ جِيَادٍ فَصَالَحَهُ عَلَى خَمْسِمَائَةٍ زُيُوفٍ [٩٢/و] جَازَ، وَكَأَنَّهُ أَبْرَأَهُ عَنْ بَعْضِ حَقِّهِ؛

غاية البيان

بَابُ
الصُّلْحِ فِي الدَّيْنِ

لَمَّا ذكَر الصُّلْحَ مطلقًا في عمومِ الدعاوَىٰ: ذكَر هنا الصُّلْحَ في [١٣/٨٦ظ/د] الدَّيْنِ؛ لأنه صُلْحٌ مُقَيَّدٌ، والمُقَيَّدُ بعدَ المُطْلَقِ؛ لأن القيدَ وصْفٌ زائدٌ في الذَّاتِ.

قولُه: (وَكُلُّ شَيْءٍ وَقَعَ عَلَيْهِ الصُّلْحُ، وَهُوَ مُسْتَحَقٌّ بِعَقْدِ الْمُدَايَنَةِ؛ لَمْ يُحْمَلْ عَلَى الْمُعَاوَضَةِ، وَإِنَّمَا يُحْمَلُ عَلَى أَنَّهُ اسْتَوْفَى بَعْضَ حَقِّهِ، وَأَسْقَطَ(١) بَاقِيَهُ)، هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»(٢).

فمعْنَىٰ قولِه: (وَهُوَ مُسْتَحَقٌّ بِعَقْدِ الْمُدَايَنَةِ)، أي: مِن جنسِ ما يَسْتَحِقُّهُ المُدَّعِي علىٰ المُدَّعَىٰ عليه بعَقْدِ المُدَايَنةِ التي جرَتْ بينَهُما، والمُدَايَنةُ: البَيْعُ بالدَّيْنِ.

وإنما وضَع المسألةَ في الدَّيْنِ(٣) وإنْ كان الحُكْمُ في الغَصْبِ كذلك؛ حمْلًا لأمْرِ المسْلمِ علىٰ الصلاحِ؛ لأنه هو المشروعُ لا الغَصْبُ، كما في قوله ﷺ: «مَنْ نَامَ عَنْ صَلَاةٍ أَوْ نَسِيَهَا»(٤)؛ لأن الغالبَ مِن حالِ المسْلمِ: أنْ يَتْرُكَ الصلاةَ بالنومِ

---

(١) وَقَع بالأصل: «وإسقاط». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٢٢].
(٣) وقع بالأصل: «بالدَّيْن». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».
(٤) مضىٰ تخريجه.

وَهَذَا لِأَنَّ تَصَرُّفَ الْعَاقِلِ يَتَحَرَّىٰ تَصْحِيحَهُ مَا أَمْكَنَ، وَلَا وَجْهَ لِتَصْحِيحِهِ مُعَاوَضَةً؛ لِإِفْضَائِهِ إِلَىٰ الرِّبَا، **فَجُعِلَ إِسْقَاطًا لِلْبَعْضِ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَىٰ، وَلِلْبَعْضِ وَالصِّفَةِ فِي الثَّانِيَةِ.**

غاية البيان

أو النسيانِ، وإنْ كان الحُكْمُ كذلك في تَرْكِها فسْقًا ومجَانةً.

وهذا الذي ذكَرَه مِثْلُ مَن له علىٰ رَجُلٍ ألفُ درهمٍ، فصالَحَه منها علىٰ خمسِ مئةٍ، وكمَنْ له علىٰ رجلٍ ألْفٌ جَيادٌ، فصالَحَه علىٰ خمسِ مئةٍ زيوفٍ؛ جاز وكان إبراءً مِن بعضِ حقِّه.

والأصلُ في هذا: أن أمورَ المسلمين محمولةٌ علىٰ الصحَّةِ والسَّلامةِ والجوازِ ما أمْكَنَ، فما وُجِدَ للصُّلْحِ الذي دخَلا فيه وَجْهٌ للصحَّةِ؛ يَجِبُ حمْلُه عليه.

وفي مسألتِنا: إذا وَقَع الصُّلْحُ علىٰ ما هو مُسْتَحقٌّ بعَقْدِ المُدَايَنةِ؛ لا يُمْكِنُ [١٣/٨٧و/د] حمْلُه علىٰ المُعَاوضةِ؛ لِمَا فيه مِن الرِّبا، فيُحْمَلُ علىٰ أنه أسقَط بعضَ حقِّه، وحقُّه في القَدْرِ والجودةِ، فصحَّ ذاك علىٰ هذا الوجهِ. كذا في «**شرح الأقطع**»[1].

وهذا معنىٰ قولِه: (**فَجُعِلَ إِسْقَاطًا لِلْبَعْضِ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَىٰ، وَلِلْبَعْضِ وَالصِّفَةِ فِي الثَّانِيَةِ**).

وجملةُ الكلامِ فيه ما ذكرَه صاحبُ «التحفة» قال: «وأمَّا إذا كان المُدَّعَىٰ به ذهبًا وفضَّةً، فإنْ كان البدلُ غيرَ الذهبِ والفضَّةِ؛ فإنه يَجُوزُ الصُّلْحُ كيفَ ما كان، وإنْ كان البدلُ ذهبًا وفضَّةً: فإنْ كان الصُّلْحُ عن إقْرَارٍ، والبدلُ مِن جنسِ المُدَّعَىٰ به لا يَصِحُّ إلا سواءً بسواءٍ، ويُشْتَرَطُ التقابضُ وإنْ كان بخلافِ جنسِه؛ كالذهبِ مَعَ الفضَّةِ يَجُوزُ معَ التفاضُلِ، ولكن يُشْتَرَطُ القبضُ [٦/١٩٤و/م] في المجلسِ؛ لأن هذا صَرْفٌ، فيُشْتَرَطُ شرائطُ الصَّرْفِ.

(١) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٣٨٣].

. . . .

غاية البيان

وكذلك الجوابُ في الصُّلْحِ[(١)] عن إنكارٍ في حقِّ المُدَّعِي، هذا كلُّه إذا كان المُدَّعَىٰ به عينًا، فأمَّا إذا كان دَيْنًا: بأنْ كان دراهمَ أوْ دنانيرَ، وبدلُ الصُّلْحِ عينُ مالٍ[(٢)] مَعْلُومٍ مِن غيرِ الكَيْلِ والوَزْنِ فإنه يَجُوزُ، ويَكُونُ ذلك بمنزلةِ بَيْعِ العينِ بالدَّيْنِ إنْ كان عن إِقْرَارٍ.

وإنْ كان علىٰ إنكارٍ: ففي حقِّ المُدَّعِي كذلك، إلا إذا كان البدلُ مِن الذهبِ والفضَّةِ [٤١٢/٢ظ] الذي يتَعَيَّنُ؛ كَالتِّبْرِ والأواني منهما يَكُونُ صَرْفًا، **فيُشْتَرطُ** [٨٧/١٣ظ/د] التَّساوِي [والتقابضُ في الجنسِ، والتقابضُ في خلافِ الجنسِ دونَ التساوِي][(٣)].

فإنْ كان البدلُ مِن الدراهمِ والدنانيرِ: إنْ كان مِن جنسِه، **كما إذا كان عليه** ألفُ درهمٍ جيدةٌ، فصَالَحَ مِن ذلك علىٰ ألفٍ جيِّدةٍ، أوْ رديئةٍ يَكُونُ هو اسْتِيفَاءٌ عن حقِّه، وإنْ صالَحَ عن خمسِ مئةٍ جيِّدةٍ أوْ رديئةٍ؛ يَكُونُ اسْتِيفَاءً للبعضِ، وإبراءً للبعضِ، فإنْ صالَحَ علىٰ ألفِ درهمٍ ودرهمٍ لا يَجُوزُ؛ **لأنه لا يُمْكِنُ أنْ يُجْعَلَ** اسْتِيفَاءً، فيُجْعَلَ صَرْفًا، والتساوِي شرْطٌ لصحَّةِ الصَّرْفِ عندَ اتِّحادِ الجنسِ.

وأصلُ هذا: أن الصُّلْحَ متىٰ وَقَع علىٰ جنسٍ ما هو المُسْتَحقُّ بعَقْدِ المُدَاينةِ؛ يُجْعَلُ اسْتِيفَاءً، فإنْ لم يُمْكِنْ أنْ يُجْعَلَ اسْتِيفَاءً؛ يَكُونُ صَرْفًا، **فيُشْتَرطُ فيه شرائطُ** الصَّرْفِ.

وعلىٰ هذا: إذا صالح مِن ألفِ درهمٍ رديءٍ علىٰ خمسِ مئةٍ جيِّدةٍ؛ **لا يَجُوزُ؛**

---

(١) وَقَع بالأصل: «والصلح». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «تحفة الفقهاء».

(٢) وَقَع بالأصل: «غير مال». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «تحفة الفقهاء».

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: النسخة الأم «د»، و«ن»، و«م»، و«تح»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «تحفة الفقهاء».

وَلَوْ صَالَحَ عَلَىٰ أَلْفٍ مُؤَجَّلَةٍ جَازَ، وَصَارَ كَأَنَّهُ أَجَّلَ نَفْسَ الْحَقِّ؛ لِأَنَّهُ

غاية البيان

لأنَّ مُسْتَحقَّ الرديءِ لا يَسْتَحِقُّ الجيِّدَ، فلا يُمْكِنُ أن يُجْعَلَ اسْتِيفَاءً، فيَكُونُ صَرْفًا، وبَيْعُ ألفِ درهمٍ رديءٍ بخمسِ مئةٍ جيِّدةٍ لا يَجُوزُ؛ لأنه رِبًا.

ولو صالَحَ مِن ألفِ درهمٍ سُودٍ علىٰ ألفٍ بِيضٍ، وسلَّمها في المجلسِ جاز؛ لأنه صَرْفٌ وليس بِاسْتِيفَاءٍ، فإذا وُجِدَ التقابضُ وهما مِن جنسٍ واحدٍ ـ لأن الجودةَ لا قِيمةَ لها عندَ مقابلَتِها بجنسِها ـ جاز، وإنِ افترقا بَطَلَ.

ولو صالَحَ عن ألفٍ بِيضٍ علىٰ خمسِ مئةٍ سودٍ جاز، فيَكُونُ حطًّا عن القَدْرِ والصِّفَةِ [١٣/٨٨و/د]، واسْتِيفَاءً لبعضِ الأصلِ، ولو صالَحَ مِن الدَّيْنِ الحالِّ علىٰ المُؤَجَّلِ وهما في القَدْرِ سواءٌ جاز، ويَكُونُ هذا تأجيلًا للدَّيْنِ، ولو كان علىٰ العكسِ؛ يَجُوزُ ويَكُونُ اسْتِيفَاءً، ويَصِيرُ الآخَرُ تارِكًا حقَّه، وهو الأَجَلُ.

ولو كان الدَّيْنُ مُؤَجَّلًا، فصَالَحَ عن بعضِه معجَّلًا لا يَجُوزُ؛ لأن صاحبَ الدَّيْنِ المُؤَجَّلِ لا يَسْتَحِقُّ المُعَجَّلَ، فلا يُمْكِنُ أن يُجْعَلَ اسْتِيفَاءً، فصار عوَضًا، وبَيْعُ خمسِ مئةٍ بألفٍ لا يَجُوزُ.

ولو كان البدلُ بخلافِ جنسِه ـ بأنْ صالَحَ مِن الدراهمِ علىٰ الدنانيرِ ـ: إنْ [٦/١٩٤ظ/م] وُجِدَ التقابضُ يَجُوزُ وإلَّا فلا؛ لأنه لا يُمْكِنُ أن يُجْعَلَ اسْتِيفَاءً؛ لاختلافِ الجنسِ، فيَصيرُ صَرْفًا، فيُشْتَرطُ فيه شرائطُ الصَّرْفِ، وعلىٰ هذا إذا كان الدَّيْنُ كَيْليًّا، فصَالَحَ على جنسِه، أوْ على خلافِ جنسِه على الفصولِ التي ذَكَرْنا مِن غيرِ تفاوتٍ»[١].

قولُه: (وَلَوْ صَالَحَ عَلَىٰ أَلْفٍ مُؤَجَّلَةٍ جَازَ، وَصَارَ كَأَنَّهُ أَجَّلَ نَفْسَ الْحَقِّ)، وهذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «**مختصره**»[٢]، يعني: إذا صالَحَ الطالبُ عن ألفِ درهمٍ حالَّةً علىٰ

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاءُ الدِّين السمرقندي [٣/٢٥١ ـ ٢٥٣].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٢٢].

لَا يُمْكِنُ جَعْلُهُ مُعَاوَضَةً ؛ لِأَنَّ بَيْعَ الدَّرَاهِمِ بِمِثْلِهَا نَسِيئَةً لَا يَجُوزُ فَحَمَلْنَاهُ عَلَى التَّأْخِيرِ.

وَلَوْ صَالَحَهُ عَلَى دَنَانِيرَ إِلَى شَهْرٍ لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّ الدَّنَانِيرَ غَيْرُ مُسْتَحَقَّةٍ بِعَقْدِ الْمُدَايَنَةِ ، فَلَا يُمْكِنُ حَمْلُهُ عَلَى التَّأْخِيرِ ، وَلَا وَجْهَ لَهُ سِوَى الْمَعَاوَضَةِ ، وَبَيْعُ الدَّرَاهِمِ بِالدَّنَانِيرِ نَسِيئَةً لَا يَجُوزُ ؛ فَلَمْ يَصِحَّ الصُّلْحُ.

غاية البيان

المطلوبِ على ألفِ درهمٍ مُؤَجَّلةٍ جاز ، وذلك لِمَا قُلنا: إن أمورَ المسلمين محمولةٌ على الصحَّةِ ، فلو حَمَلْنا ذلك على المُعَاوضَةِ ؛ يَلْزَمُ بَيْعُ الدراهمِ بالدراهمِ نَسَاءً ، وذلك لا يَجُوزُ ؛ لأنه بَيْعُ الدَّيْنِ بالدَّيْنِ ؛ لأن الدراهمَ الحالَّةَ [١٣/٨٨ظ/د] والدراهمَ المُؤَجَّلةَ ثابتةٌ في الذِّمَّةِ.

والدَّيْنُ بالدَّيْنِ لا يَجُوزُ ؛ لأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ «نَهَى عَنِ الْكَالِئِ بِالْكَالِئِ»[١] ، فلَمَّا لم يُمْكِنْ حمْلُه على المُعَاوضَةِ ؛ حَمَلْناه على التأخيرِ تصحيحًا للتصَرُّفِ ؛ لأن ذلك جائزٌ لكونِه تصرُّفًا في حقِّ نفسِه ، لا في حقِّ غيرِه.

قولُه: (وَلَوْ صَالَحَهُ عَلَى دَنَانِيرَ إِلَى شَهْرٍ لَمْ يَجُزْ) ، وهذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[٢] ، أي: لو صالَحَ الطالبُ المطلوبَ عن الدراهمِ الحالَّةِ على دنانيرَ مُؤَجَّلةٍ ، وذلك لأنه لا يُمْكِنُ حمْلُه على تأخيرِ الحقِّ ؛ لأن حقَّ الطالبِ كان في الدراهمِ ، لا في الدنانيرِ ؛ لأن الدنانيرَ لم تَكُنْ مُسْتَحقَّةً بعَقْدِ المُدَاينةِ.

فلَمَّا لم يُمْكِنْ ذلك ؛ حُمِلَ على المُعَاوضةِ ؛ لأنه لا وَجْهَ إلى غيرِ ذلك ؛ لأن الصُّلْحَ إمَّا أنْ يَكُونَ بإسقاطِ حقِّ الطالبِ ، وهو تصَرُّفٌ في حقِّ نفسِه خاصَّةً ، وفي تأخيرِ الحقِّ ذلك ، أوْ يَكُونُ تصرُّفًا في حقِّه [٢/٤١٣و] مشتملًا على حقِّ الغيرِ ، وهو

(١) مضى تخريجه.

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٢٢].

وَلَوْ كَانَ لَهُ أَلْفٌ مُؤَجَّلَةٌ، فَصَالَحَهُ عَلَىٰ خَمْسِ مِئَةٍ حَالَّةٍ؛ لَمْ يَجُزْ؛ لِأَنَّ الْمُعَجَّلَ خَيْرٌ مِنَ الْمُؤَجَّلِ، وَهُوَ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ بِالْعَقْدِ، فَيَكُونُ بِإِزَاءِ مَا حُطَّ عَنْهُ، وَذَلِكَ اعْتِيَاضٌ عَنِ الْأَجَلِ وَهُوَ حَرَامٌ.

غاية البيان

المُعَاوضَةُ، فلَمَّا لم يُمْكِنِ الأوَّلُ ـ لكونِ الدنانيرِ غيرَ مُسْتَحقَّةٍ ـ تعَيَّن الثاني، وهو المُعَاوضةُ، وبَيْعُ الدراهمِ بالدنانيرِ نسَاءً لا يَجُوزُ، فلذلك لَمْ يَجُزِ الصُّلْحُ.

قال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ ـ في بابِ الصُّلْحِ في الدَّيْنِ مِن «**شرح الكافي**» ـ: «وإذا كان لرَجُلٍ علىٰ رَجُلٍ ألفُ درهمٍ، فلو صالحَ علىٰ دنانيرَ مُسَمَّاةٍ، ثم افترَقا قبلَ القَبْضِ بَطَلَ الصُّلْحُ؛ لأنه صَرْفٌ وإنْ كان وَقَع علىٰ إنكارٍ؛ لأنه صَرْفٌ في زَعْمِ المُدَّعِي.

وكذلك كلُّ ما يُكَالُ أوْ يُوزَنُ بغيرِ عَيْنِه؛ لأن الطعامَ متىٰ قُوبِلَ بالدراهمِ صار مَبِيعًا، وبَيْعُ ما ليس [١٣/٨٩و/د] عندَه باطِلٌ، ولو صالَحَه مِن الألفِ علىٰ مئةِ درهمٍ، وافترقا قبلَ القَبْضِ؛ لم يَبْطُلِ الصُّلْحُ، وكذلك [٦/١٩٥و/م] كلُّ صُلْحٍ وَقَع علىٰ بعضِ الدَّيْنِ؛ لأنه حَطٌّ».

قولُه: (وَلَوْ كَانَ لَهُ أَلْفٌ مُؤَجَّلَةٌ، فَصَالَحَهُ عَلَىٰ خَمْسِ مِئَةٍ حَالَّةٍ؛ لَمْ يَجُزْ)، هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «**مختصره**»[1]، وذلك لأن الطالبَ لا يَسْتَحِقُّ المُعَجَّلَ بعَقْدِ المُدَاينةِ؛ لأنه حقُّه في المُؤَجَّلِ، فلَمَّا لم يَكُنِ المُعَجَّلُ مُسْتحَقًّا؛ حُمِلَ علىٰ المُعَاوَضَةِ، وبَيْعُ خمسِ مئةٍ بألفٍ لا يَجُوزُ؛ لأنه رِبًا.

أو نقولُ: إنه اعتياضٌ عن الأَجلِ، وأنه باطلٌ؛ لأن تعجيلَ الخمسِ مئةِ التي كانت مُؤَجَّلةً في الأصلِ تَكُونُ بمقابلةِ الخمسِ مئةِ المحْطوطةِ المُؤَجَّلةِ، فيَكُونُ اعتياضًا عن الأَجَلِ.

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٢٢].

....

غاية البيان

قال الحسنُ بنُ زيادٍ في كتابِ «المجرَّد»: «أَخْبَرَنَا أَبُو حَنِيفَةَ عَنْ زِيَادِ بْنِ مَيْسَرَةَ عَنْ أَبِيهِ قَالَ: «كَانَ لِرَجُلٍ عَلَيَّ مَالٌ إِلَىٰ أَجَلٍ، فَسَأَلَنِي أَنْ أُعَجِّلَ لَهُ، وَيَضَعَ عَنِّي بَعْضَهُ، فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لِابْنِ عُمَرَ فَنَهَانِي عَنْهُ»[١]، وكان أبو حنيفةَ يَأْخُذُ بهذا الحديثِ».

وقال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ في «شرح الكافي»: «ولو كان له عليه ألفُ درهمٍ إلىٰ أَجَلٍ، فصالَحه منها علىٰ خمسِ مئةِ درهمٍ حالَّةٍ، ودفعَها إليه لم يَجُزْ، وعلىٰ قياسِ قولِ أبي يوسفَ: يَنْبَغِي أَنْ يَجُوزَ؛ لأنه إحسانٌ في القَضاءِ بالتعجيلِ، وإحسانٌ مِن صاحبِ الدَّيْنِ في الاقتضاءِ بحَطِّ بعضِ حقِّه.

لكنَّا نقولُ: هذا حسَنٌ إذا لم يَكُنْ أحدُهما مشْروطًا في الآخرِ، فإذا شُرِطَ أحدُهما في مقابلةِ الآخرِ؛ دخَل فيه مُعَاوضةٌ فَاسِدَةٌ، فكان فاسدًا.

ورُوِيَ: أن رَجُلًا سأل [١٣/٨٩ظ/د] ابنَ عُمرَ عن ذلك فنَهاه، [ثم سأله فنهاه][٢]، ثم سأله فقال: «إِنَّ هَذَا يُرِيدُ أَنْ أُطْعِمَهُ الرِّبا»[٣]، وعن الشَّعْبِيِّ مِثْلُ ذلك[٤]، وعن إبراهيمَ أنه قال: «لَا بَأْسَ بِذَلِكَ، إِنَّمَا هُوَ مَالُهُ حَطَّ بَعْضَه عَنْهُ»[٥]. وأبو يوسفَ

---

(١) أخرجه: الحسن بن زياد في «مسنده» كما في «جامع مسانيد أبي حنيفة» للخوارزمي [٢/٦٠]. ومن طريقه ابن خسرو في «مسند أبي حنيفة» [١/٤٤٠]، أَخْبَرَنَا أَبُو حَنِيفَةَ به.

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

(٣) أخرجه: أبو يوسف في «الآثار» [ص/١٨٥]، وعنه محمد بن الحسن في «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [١١/٥٨/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية]، عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، عَنْ زِيَادِ بْنِ مَيْسَرَةَ، عَنْ أَبِيهِ، قَالَ: «سَأَلْتُ ابْنَ عُمَرَ ﵄ أَنَّ لِرَجُلٍ عَلَيَّ أَرْبَعَةَ آلَافِ دِرْهَمٍ إِلَىٰ أَجَلٍ وَأَنَّهُ قَالَ: عَجِّلْ لِي أَلْفَيْنِ وَأَحُطُّ عَنْكَ أَلْفَيْنِ، قَالَ: فَنَهَانِي، ثُمَّ سَأَلْتُهُ فَنَهَانِي، ثُمَّ سَأَلْتُهُ فَنَهَانِي، ثُمَّ سَأَلْتُهُ فَقَامَ ابْنُ عُمَرَ فَأَخَذَ بِيَدِي وَقَالَ: إِنَّ هَذَا يُرِيدُ أَنْ أُطْعِمَهُ الرِّبَا».

(٤) أخرجه: محمد بن الحسن في «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [١١/٥٨/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية]، حدثنا أبو يوسف عن بعض أشياخه عن الشَّعْبِيِّ ﵀ به.

(٥) أخرجه: أبو يوسف في «الآثار» [ص/١٨٥]. ومحمد بن الحسن في «الأصل/ المعروف=

وَإِنْ كَانَ لَهُ أَلْفٌ سُودٌ ، فَصَالَحَهُ عَلَىٰ خَمْسِ مِئَةٍ بِيضٍ ؛ لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّ الْبِيضَ غَيْرُ مُسْتَحَقَّةٍ بِعَقْدِ الْمُدَايَنَةِ وَهِيَ زَائِدَةٌ وَصْفًا ، فَيَكُونُ مُعَاوَضَةُ الْأَلْفِ بِخَمْسِمَائَةٍ وَزِيَادَةٍ وَصْفٌ وَهُوَ رِبًا ، بِخِلَافِ مَا إِذَا صَالَحَ عَلَىٰ قَدْرِ الدَّيْنِ ، وَهُوَ أَجْوَدُ ؛ لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةُ الْمِثْلِ بِالْمِثْلِ ، وَلَا مُعْتَبَرَ بِالصِّفَةِ إِلَّا أَنَّهُ يُشْتَرَطُ الْقَبْضُ فِي الْمَجْلِسِ .

غاية البيان

أخَذ بقولِه». إلىٰ هنا لَفْظُ «**شرح الكافي**».

قولُه: (**وَإِنْ كَانَ لَهُ أَلْفٌ سُودٌ ، فَصَالَحَهُ عَلَىٰ خَمْسِ مِئَةٍ بِيضٍ ؛ لَمْ يَجُزْ**) ، وهذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «**مختصره**»[1] ، وذلك لأنَّ البِيْضَ ليست بمُسْتَحقَّةٍ بعَقْدِ المُدَاينةِ ، فحُمِلَ علىٰ المُعَاوضةِ ، فلَمْ يَجُزِ التفاضلُ لكونِه رِبًا ، بخلافِ ما إذا كان له بِيضٌ ، فصَالَحَ علىٰ ما دونَ ذلك مِن السُّودِ جاز ؛ لأن ذلك مِن جنسِ حقِّه ؛ لأن المُسْتَحقَّ للجِيادِ مُسْتَحقٌّ لِمَا دونَها.

أَلَا تَرَىٰ أنه لو أخَذ السُّودَ مِن مالِ غريمِه بدونِ رضاه ؛ جاز ولم يُجْبَرْ علىٰ الرَّدِّ ، ولو أخَذ البِيضَ مكانَ السُّودِ بدونِ أمْرِه لم يَجُزْ ، ويُجْبَرُ علىٰ الرَّدِّ ، فإذا كان كذلك ؛ كان الصُّلْحُ واقعًا علىٰ المُسْتَحقِّ بعَقْدِ المُدَاينةِ ، فيُحْمَلُ علىٰ أنه أسقَط حقَّه في الجودةِ.

قالُوا: المرادُ مِن الدراهمِ السُّودِ: هي الدراهمُ المضْروبةُ مِن النُّقْرَةِ السوداءِ.

قولُه: (**بِخِلَافِ** [٦/١٩٥ظ/م] **مَا إِذَا صَالَحَ عَلَىٰ قَدْرِ الدَّيْنِ ، وَهُوَ أَجْوَدُ**) ، أي: بدلُ الصُّلْحِ أجْوَدُ.

معناه: ما قال في «**شرح الكافي**»: «ولو كان له عليه ألفُ درهم غَلَّةً ، فصالَحه منها علىٰ ألفِ درهمٍ بَخِّيَّةٍ[2] حالَّةٍ ، فإنْ قبضَ قبلَ [٢/٤١٣ظ] أنْ يَتفرَّقا جاز ، وإنْ

= بالمبسوط» [١١/٥٨/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية] . عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ، عَنْ حَمَّادٍ ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ ﷺ به.

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/١٢٢].

(٢) **دراهمُ بَخِّيَّة** ـ بتشديد الخاء والياء ـ: نوعٌ مِن أجْوَد الدراهم ، نُسِبَت ـ فيما زعموا ـ إلىٰ «بَخٍّ» أميرٍ=

وَلَوْ كَانَ عَلَيْهِ أَلْفُ دِرْهَمٍ وَمِئَةُ دِينَارٍ، فَصَالَحَهُ عَلَىٰ مِئَةِ دِرْهَمٍ حَالَّةٍ، أَوْ إِلَىٰ شَهْرٍ؛ صَحَّ الصُّلْحُ؛ لِأَنَّهُ أَمْكَنَ أَنْ يُجْعَلَ إِسْقَاطًا لِلدَّنَانِيرِ كُلِّهَا وَالدَّرَاهِمِ

غاية البيان

[١٣/٩٠و/د] تفرَّقا قبلَ أنْ يَقْبِضَ بَطَلَ؛ لأنه صَرْفٌ».

وَلَا يُقَالُ: بأن هذا مِن جنسِ حقِّه، ولكنَّه أجودُ، فيَكُونُ هذا مِن الِاسْتِيفَاءِ، فلا يَضُرُّه عدمُ القَبْضِ في المجلسِ، ولهذا لو استوفاه مِن غيرِ شرْطٍ جاز؛ لأن هذا إنْ كان مِن جنسِ حقِّه باعتبارِ ذاتِه، ولكنه لَمَّا قصَد اسْتِحْقَاقَ وَصْفِ الجودةِ بالشَّرْطِ.

ولا وجهَ إلىٰ ذلك إلا أن يُجْعَلَ صَرْفًا، وأمكَن أنْ يُجْعَلَ باعتبارِ المغايرةِ وصفًا لا بُدَّ مِن اعتبارِ معنىٰ الصَّرْفِ فيها، وقد بَطَلَ هذا المعنىٰ بالافتراقِ قبلَ القَبْضِ، فبَطَلَ الِاسْتِحْقَاقُ المبْنِيُّ عليه، وإنْ جعَلَ له أجَلًا؛ فهو باطِلٌ؛ لأنه صَرْفٌ لِمَا قلنا».

والْبَخِّيَّةُ: اسْمٌ لِمَا هو الأَجْوَدُ مِن الدراهمِ السُّودِ، ولكن كلُّ واحدٍ منهما مِن جنسِ الدراهمِ.

قولُه: (**وَلَوْ كَانَ عَلَيْهِ أَلْفُ دِرْهَمٍ وَمِئَةُ دِينَارٍ، فَصَالَحَهُ عَلَىٰ مِئَةِ دِرْهَمٍ حَالَّةٍ، أَوْ إِلَىٰ شَهْرٍ؛ صَحَّ الصُّلْحُ**)، ذكَره تفريعًا علىٰ مسألةِ القُدُورِيِّ، وذلك لأن المئةَ لَمَّا كانت مُسْتَحقَّةً بعَقْدِ المُدَاينةِ؛ لم تُحملْ علىٰ المُعَاوضةِ، فحُمِلَ علىٰ أنه أسقَط حقَّه في الدنانيرِ أصلًا، وأسقَط[1] حقَّه في الدراهمِ إلا مئةً، وإذا كان كذلك؛ جاز التَّأْجِيلُ في المئةِ؛ لأنها ليست بعِوَضٍ، بل هي نفْسُ ما كانت في الذِّمَّةِ.

قال في «شرح الكافي»: «وإنْ كان لرجُلٍ علىٰ رَجُلٍ مئةُ درهمٍ ومئةُ دينارٍ، فصالَحه مِن ذلك علىٰ خمسينَ درهمًا وعشرةِ دنانيرَ [١٣/٩٠ظ/د] إلىٰ شهرٍ جاز؛

= ضَرَبها، وقيل كُتِبَ عليها «بَخ»، وهي كلمة استحسانٍ واستجادةٍ. ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزِي [٥٩/١].

(١) وَقَع بالأصل: «وإسقاط». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

إِلَّا مِائَةً وَتَأْجِيلًا لِلْبَاقِي، فَلَا يُجْعَلْ مُعَاوَضَةً تَصْحِيحًا لِلْعَقْدِ، أَوْ لِأَنَّ مَعْنَىٰ الْإِسْقَاطِ فِيهِ أَلْزَمُ.

قَالَ: وَمَنْ لَهُ عَلَىٰ آخَرَ أَلْفُ دِرْهَمٍ فَقَالَ: أَدِّ إِلَيَّ غَدًا مِنْهَا خَمْسَ مِئَةٍ عَلَىٰ أَنَّكَ بَرِيءٌ مِنَ الْفَضْلِ، فَفَعَلَ فَهُوَ بَرِيءٌ، فَإِنْ لَمْ يَدْفَعْ إِلَيْهِ الْخَمْسَ مَائَةٍ غَدًا

غاية البيان

لأنه[1] حَطَّ بعضَ حقِّه قدْرًا، وبعْضَه[2] وصْفًا، وقد ذَكَرْنا أن الحَطَّ لا يَقِفُ علىٰ اسْتِيفَاءِ ما بقِيَ، وكذلك لو صالَحَ مِن ذلك علىٰ خمسينَ درهمًا إلىٰ أَجلٍ أوْ حالٍّ؛ لأنه حَطَّ أحدَ حقَّيْه أصلًا، والآخرُ بعْضُ حقِّه.

والأصلُ في جنسِ هذه المسائلِ: أن ما دار بينَ أن يَكُونَ اسْتِيفَاءً وصَرْفًا؛ يُجْعَلُ اسْتِيفَاءً؛ لأنه دونَ الصَّرْفِ؛ لأن الصَّرْفَ عَقْدٌ مُبْتَدَأٌ له أحكامٌ مُبْتدأةٌ، والاِسْتِيفَاءُ تتميمٌ لِمَا يَقْتَضِيهِ العَقْدُ السابقُ، فكان حمْلُ التصَرُّفِ عندَ التردُّدِ عليه أَوْلَىٰ».

قولُه: (**أَوْ لِأَنَّ مَعْنَىٰ الْإِسْقَاطِ فِيهِ أَلْزَمُ**)، أي: في هذا الصُّلْحِ، وهو الصُّلْحُ علىٰ مئةِ درهمٍ عن ألفِ درهمٍ ومئةِ دينارٍ؛ لأن الصُّلْحَ يُنْبِئُ عن الْحَطِيطَةِ، والحَطُّ هنا أكثرُ، فيَكُونُ معنىٰ الْإِسْقَاطِ ألزمَ.

قولُه: (**قَالَ: وَمَنْ لَهُ عَلَىٰ آخَرَ أَلْفُ** [٦/١٩٦و/م] **دِرْهَمٍ فَقَالَ: أَدِّ إِلَيَّ غَدًا مِنْهَا خَمْسَ مِئَةٍ عَلَىٰ أَنَّك بَرِيءٌ مِنَ الْفَضْلِ، فَفَعَلَ؛ فَهُوَ بَرِيءٌ**)، أي: قال في «**الجامع الصغير**».

وصورتُها فيه: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفةَ ﷺ: في رَجُلٍ يَكُونُ له علىٰ رَجُلٍ ألفُ درهمٍ حَالَّةٌ، فقال له: ادفع إلَيَّ غدًا منها خمسَ مئةٍ علىٰ أَنَّكَ بَرِيءٌ مِن الفضلِ، فإنْ لم يَدْفَعْ إليه الخمسَ مئةِ غدًا؛ عادتِ الألفُ عليه في قولِ أبي حنيفةَ

(١) وَقَع بالأصل: «لأن». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

(٢) في «غ»: «وبعض حقه».

عَادَ عَلَيْهِ الْأَلْفُ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا يَعُودُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ إِبْرَاءٌ مُطْلَقٌ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ جَعَلَ أَدَاءَ الْخَمْسِ مَائَةٍ عِوَضًا حَيْثُ ذَكَرَهُ

ومحمَّدٍ، ولا تَعُودُ عليه في قولِ يَعْقُوبَ»[1]، إلىٰ هنا لَفْظُ محمدٍ في أصلِ «**الجامع** [١٣/٩١و/د] **الصغير**».

وقال محمدٌ في «الأصل»: «إذا كان لرجُلٍ علىٰ رَجُلٍ ألفُ درهمٍ؛ فقال له: أُصَالِحُك علىٰ أنْ أحُطَّ عنك خمسَ مئةٍ، علىٰ أنْ تُعْطِيَنِي اليومَ خمسَ مئةٍ، فصالَحَه علىٰ ذلك، فإن أبا حنيفةَ ومحمَّدًا قالا في ذلك: إنْ أعطاه يومَئذٍ خمسَ مئةٍ جاز الصُّلْحُ، وإنْ مضىٰ ذلك اليومُ قبلَ أنْ يُعْطِيَه؛ انتقضَ الصُّلْحُ وبَطَلَ، وكانتِ الألفُ عليه علىٰ حالِها، وقال أبو يوسفَ: عليه خمسُ مئةٍ، وهو بَرِيءٌ مِن الخمسِ مئةِ الأُخرَىٰ»[2]. إلىٰ هنا لَفْظُ محمَّدٍ في «**الأصل**».

وقال في «الأجناس»: «إذا كانتِ البَرَاءَةُ معلَّقةً بالشَّرْطِ في حقِّ مَن عليه أَصْلُ الدَّيْنِ لم تَصِحَّ، وإذا كانتِ البَرَاءَةُ واقعةً[3] في الحالِ، وما بقِيَ مِن المالِ مُعلَّقًا بالشَّرْطِ؛ كانتِ البَرَاءَةُ صحيحةً»[4].

قالوا في «شروح الجامع [٢/٤١٤و] **الصغير»**: هذه المسألةُ علىٰ ثلاثةِ أَوْجُهٍ:

في وجهٍ: يَبْرَأُ عن الخمسِ مئةٍ، وإنْ لم يُؤَدِّ شيئًا.

وفي وجهٍ: لا يَبْرَأُ إذا لم يُؤَدِّ.

وفي وجهٍ: اختَلفوا فيه.

أمَّا الوجهُ المختلَفُ فيه: فوجهُ قولِ أبي يوسفَ فيه: أن الإبراءَ حصَلَ مطلقًا،

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤١٩].

(٢) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [١١/١٣٩/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٣) في «غ»: «البَرَاءَةُ معلقة».

(٤) ينظر: «الأجناس» للناطفي [٢/٣٥٩].

بِكَلِمَةِ عَلَىٰ، وَهِيَ لِلْمُعَاوَضَةِ، وَالْأَدَاءُ لَا [٩٢/ظ] يَصِحُّ عِوَضًا لِكَوْنِهِ مُسْتَحَقًّا عَلَيْهِ، فَجَرَىٰ وُجُودُهُ مَجْرَىٰ عَدَمِهِ فَبَقِيَ الْإِبْرَاءُ مُطْلَقًا، فَلَا يَعُودُ كَمَا إِذَا بَدَأَ بِالْإِبْرَاءِ.

فتَثْبُتُ البراءةُ مطلقًا، أعطَىٰ أوْ لم يُعْطِ، فصار كما إذا بدَأ بذِكْرِ الإبراءِ، وهذا لأن هذا الكلامَ [٩١/١٣ظ/د] خارجٌ مخرَجَ المطالبةِ، لا مخْرَجَ العِوَضِ؛ لأن كلمةَ: «علىٰ» وإنْ كانت للمُعَاوضةِ؛ لا يَصْلُحُ أداءُ الخمسِ مئةِ عِوَضًا؛ لأن أداءَ ذلك واجبٌ عليه بقضيَّةِ السَّبَبِ السابقِ.

وحقيقةُ المُعَاوضةِ إنما تَكُونُ إذا استفاد كُلُّ واحدٍ منهما شيئًا لم يَكُنِ استفادَه مِن قبلُ، وإنما استفادَه باستحقاقٍ طارئٍ، فلَمَّا لم يَصْلُحْ أداءُ ذلك عِوَضًا، صار ذِكْرُه وعدَمُه بمنزلةٍ، فبَقِيَ الإبراءُ مطلقًا، فلَمْ يتقيَّدِ الإبراءُ بشَرْطِ سلامةِ العِوَضِ.

ووجهُ قولِهما: أن هذا إبراءٌ بشَرْطٍ مرغوبٍ فيه، فيَكُونُ إبراءً مُقَيَّدًا، فيتقيَّدُ بشَرْطِ سلامَتِه، كما إذا أبرأَهُ علىٰ [١٩٦/٦ظ/م] شرْطٍ سمَّاه، أوْ قَيَّدَ الإبراءَ بشَرْطِ الكَفَالَةِ، أو الرَّهْنِ، كما لو قال: أبرأْتُك عن الخمسِ مئةِ بشَرْطِ أنْ تُعْطِيَنِي بالباقي اليومَ كَفِيلًا أوْ رهْنًا، فمضَىٰ اليومُ ولم يُعْطِ؛ عاد الألفُ عليه، كذا هذا.

وكالحَوَالةِ لَمَّا كانت بَرَاءَةُ المُحِيلِ مُقَيَّدَةً بشَرْطِ سلامةِ الدَّيْنِ مِن ذمَّةِ المُحْتالِ عليه، فإذا فات هذا الشَّرْطُ بموتِ المُحَالِ عليه مُفْلسًا؛ عاد الدَّيْنُ إلىٰ ذمَّةِ المُحِيلِ، فكذا هنا.

وإنما قُلنا ذلك؛ لأنه [قد][1] يَكُونُ مالُه علىٰ إنسانٍ مُقَصِّرٍ في الأداءِ، فيُريدُ أن يَشْتَرِطَ الحَطَّ عن بعضِه بشَرْطِ التعجيلِ في مقابلتِه، حتَّىٰ يَكُونَ ذلك حاملًا له علىٰ التعجيلِ، وهذا متعارَفٌ بينَ الناسِ، فصار الإبراءُ مُقابَلًا بالتعجيلِ، فتَقِفُ سلامتُه علىٰ سلامةِ ذلك.

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

. . . .

كما لو شرَطَ شرطًا آخرَ؛ ولأن كلمةَ: «على» ـ وإن[1] كانت للمُعَاوضةِ ـ [١٣/٩٢و/د] حُمِلَتْ على معنى الشَّرْطِ؛ لأن معنى المُعَاوضةِ لا يَصِحُّ هنا لِمَا قُلنا، فحُمِلَتْ على الشَّرْطِ؛ لأن فيه معنى المُعَاوَضةِ؛ لأن في المُعَاوَضَةِ مقابلةُ أحدِ العِوَضَيْنِ بالآخرِ، والشَّرْطُ أيضًا يُقابِلُ الجزاءَ، فصار الشَّرْطُ كالمذكورِ، فكأنه قال: إنْ لم تَنْقُدْ فلا صُلْحَ، فإذا لم يَنْقُدْ بَطَلَ الصُّلْحُ.

وقولُه: «التعجيلُ مُسْتَحقٌّ بدونِ الشَّرْطِ».

قلنا: لَا نُسَلِّمُ بأن التعجيلَ مُسْتَحقٌّ، بل المُسْتَحقُّ الأداءُ المُطْلَقُ، فصار الأداءُ على الفورِ بوَصْفِ التضْييقِ بقضيَّةِ الشَّرْطِ، وهذا بخلافِ ما إذا لم يُوَقِّتْ للأداءِ وقتًا؛ لأنه إذا لم يُوَقِّتْ يَكُونُ وقْتُه العُمرُ، فلا تَنْتَقِضِ البَرَاءةُ بعدمِ الدفعِ.

وأمَّا الوجهُ الذي [لا][2] يَبْرَأُ إذا لَمْ يُؤَدِّ، ويَكُونُ المالُ عليه، ـ وهو الوجهُ الثاني ـ: وهو أنْ يقولَ: أبرأْتُك عن خمسِ مئةٍ على أنْ تَنْقُدَنِي غدًا خمسَ مئةٍ، فإنْ لم تَنْقُدْنِي غدًا خمسَ مئةٍ؛ فالألفُ عليك، فمضى الغدُ ولَمْ يُعْطِه؛ فالألفُ عليه بالاتِّفاقِ؛ لأنه عَلَّقَ لزومَ الإبراءِ بشَرْطِ إيفاءِ البَاقِي. قال ﷺ: **«الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»**[3].

والإبراءُ يَجُوزُ أن يتوقَّف لزومُه على شرْطٍ مرغوبٍ، عرَفْنا ذلك بآخرِ كلامِه، وهو قولُه: فإنْ لم تَنْقُدْنِي غدًا فالألفُ عليك، وهذا لأن الإبراءَ فيه معنى التَّمْليكِ؛ ولهذا يرْتَدُّ بِالرَّدِّ، فجاز أنْ يَقِفَ لزومُه على الشَّرْطِ، وصار نظيرَ البَيْعِ، والبَيْعُ يتَقَيَّدُ لزومُه بمِثْلِ هذا الشَّرْطِ.

---

(١) وقع بالأصل: «إن». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

(٣) مضى تخريجه.

....

فإنه لو قال [١٣/٩٢ظ/د]: بِعْتُ منك هذا العبدَ بكذا على أنَّك إنْ لَمْ تَنْقُدِ الثَّمَنَ اليومَ، فلا بَيْعَ بينَنا؛ كان البَيْعُ موقوفًا لزومُه على النقدِ، كما شَرَط، حتى لو لَم يَنْقُدِ انْفَسَخ [٦/١٩٧و/م] البَيْعُ بينَهما، فكذلك الإبراءُ.

وأمَّا الوجهُ الذي يَبْرَأُ وإنْ لم يُؤَدِّه ـ وهو الوجهُ الثالثُ ـ: وهو أنْ يَقُولَ: أبرأتكُ عن الخمسِ مئةٍ مِن الألفِ، على أنْ تُعْطِيَنِي [٢/٤١٤ظ] الخمسَ مئةِ غدًا، وههنا الإبراءُ واقعٌ بالإجماعِ، أعطَى الخمسَ مئةِ غدًا أو لم يُعْطِ؛ لأن الإبراءَ وَقَع مطلقًا أوَّلًا، وأداءُ الخمسِ مئةِ لا يَصْلُحُ عِوَضًا؛ لأنه واجبٌ عليه بِالسَّبَبِ السابقِ بدونِ إبراءِ البعضِ، ولكنَّه يَصْلُحُ شرطًا، وفي تقْييدِه بالشَّرْطِ شكٌّ، فلا يَثْبُتُ الشَّرْطُ بالشكِّ؛ فبَقِيَ الإبراءُ مطلقًا.

بخلافِ ما إذا بدَأ بأداءِ خمسِ مئةٍ، حيثُ يَعُودُ الألفُ عليه إذا لم يُؤَدِّ الباقيَ في الوقتِ المذكورِ؛ لأن الإبراءَ لم يَقَعْ مطلقًا، بل وَقَع مقرونًا بالأداءِ، ولكن أداءُ الخمسِ مئةِ لَمَّا لم يَصْلُحْ عِوَضًا؛ لكونِه واجبًا بِالسَّبَبِ السابقِ، لا بسببٍ طارئٍ؛ احتُمِلَ أنْ يَقَعَ الإبراءُ مطلقًا، ومِن حيثُ إنه شرْطٌ مرغوبٌ فيه، لا يقَعُ الإبراءُ مطلقًا، بل يتَقَيَّدُ بأداءِ الخمسِ مئةِ.

فإذا كان احتملَ الوجهَيْنِ؛ كان في الإبراءِ شكٌّ، فلا يَثْبُتُ الإبراءُ مطلقًا بالشكِّ، فافترَق الوجهانِ، وهو ما إذا بدَأ بالإبراءِ، وما إذا بدَأ بأداءِ الخمسِ مئةِ، وهذه [١٣/٩٣و/د] الوجوهُ الثلاثةُ ذكرُوها في «**شروح الجامع الصغير**»، كشَرْحِ فخْرِ الإسلامِ البَزْدَويِّ، وشرحِ الصدْرِ الشهيدِ وغيرِهما[1].

وههنا وجهان آخرانِ: ذكَرَهما صاحبُ «**الهداية**»:

---

(١) ينظر: «شرح الجامع الصغير» للصدر الشهيد [ص٤٩٥].

. . . .

أحدُهما: هو قولُه: (**وَالرَّابِعُ إِذَا قَالَ: أَدِّ إِلَيَّ خَمْسَ مِئَةٍ عَلَىٰ أَنَّكَ بَرِيءٌ مِنَ الْفَضْلِ، وَلَمْ يُوَقِّتْ لِلْأَدَاءِ وَقْتًا**).

وجوابُه: أنه يَصِحُّ الإبراءُ، ولا يَعُودُ الدَّيْنُ، وذلك لأن الإبراءَ وَقَع مطلقًا؛ لأنه شَرَط شَرْطًا هو ثابتٌ بدونِ الذِّكْرِ، وهو الأداءُ مطلقًا، والأداءُ مطلقًا واجبٌ عليه بدونِ الشَّرْطِ، فلَغا الشَّرْطُ، وبَقِيَتِ البَرَاءَةُ مُطْلَقةً.

بخلافِ الوجهِ الأوَّلِ علىٰ قولِ أبي حنيفةَ ومحمَّدٍ؛ لأنه ثَمَّةَ وَقَّتَ لأداءِ الخمسِ مئةٍ وقتًا وهو الغدُ، والأداءُ لم يَكُنْ مختصًّا بالغدِ، فإذا خصَّه بوقْتٍ؛ لا بُدَّ وأن يَتعَلَّقَ به مصلحةٌ يَخْتَصُّ بالأداءِ في ذلك الوقتِ، فتتقيَّدُ البَرَاءَةُ بالأداءِ في ذلك الوقتِ الخاصِّ، فإذا فات الشَّرْطُ تَبْطُل البَرَاءةُ، فظَهَر الفرقُ بينَ الوجهَيْنِ.

والوجهُ الثاني: مما ذكرَه وهو قولُه: (**إِنْ أَدَّيْتَ إِلَيَّ خَمْسَ مِائَةٍ، أَوْ قَالَ: إِذَا أَدَّيْتَ، أَوْ مَتَىٰ أَدَّيْتَ**)، والجوابُ فيه: أنه لا يَصِحُّ الإبراءُ.

قال في «الأجناس»: «ولو قال: قد صالحتُك علىٰ أنك متىٰ أدَّيْتَ إلَيَّ خمسَ مئةٍ؛ فأنت بَرِيءٌ مِن خمسِ مئةٍ، أوْ قال: قد صالحتُك [١٣/٩٣ظ/د] إذا أدَّيْتَ إليَّ اليومَ خمسَ مئةٍ، فأنت بَرِيءٌ [٦/١٩٧ظ/م] مما بَقِيَ، فهذا كلُّه سواءٌ، ولا يَبْرَأُ مما بَقِيَ؛ لأن البَراءةَ معلَّقةٌ بالشَّرْطِ، يَدُلُّكَ عليه لو قال لآخرَ: إنْ أعطيتَنِي ألفَ درهمٍ إلىٰ شهرٍ، فقد بِعْتُ منك هذا العبدَ به لا يَصِحُّ البَيْعُ، ولا كذلك في المسألةِ الأُولَىٰ؛ لأن البَرَاءَةَ واقعةٌ في الحالِ، وإنما شرطَ تعجيلَ ما بَقِيَ مِن المالِ في الوقتِ، فلا يُؤَثِّرُ في البَرَاءَةِ، يدلُّك عليه لو قال: بِعْتُ منك هذا العبدَ علىٰ أنْ يَكُونَ الثَّمَنُ مُؤَجَّلًا إلىٰ شهرٍ أن البَيْعَ جائزٌ؛ لأن البَيْعَ وَقَع في الحالِ، وثمَنُه مُؤَجَّل إلىٰ شهرٍ»[1].

---

(١) ينظر: «الأجناس» للناطفي [٢/٣٦٠].

. . . .

وقال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ في «**شرح الكافي**» - في بابِ الصُّلْحِ علىٰ أداءِ بعضِ المالِ بشَرْطِ البَرَاءَةِ -: «ولو قال للغَرِيمِ أو الكَفِيلِ: متىٰ أَدَّيْتَ إِلَيَّ منها خمسَ مئةٍ فأنت بَرِيءٌ مما بَقِيَ، فأدَّىٰ الخمسَ مئةٍ؛ لم يَبْرَأْ مِن الباقِي، وكذلك كلُّ بَرَاءةٍ علَّقَ وقوعَها بشَرْطٍ؛ لأن في البَرَاءَةِ معنىٰ التَّمْلِيكِ، وتعليقُ التَّمْلِيكَاتِ بالأخطارِ باطِلٌ، وكذلك لو قال ذلك لمُكاتَبِه.

وقال فخرُ الدِّينِ قاضي خان في «**شرح الجامع الصغير**»(١): «ولو قال للغَرِيمِ أوْ للكَفِيلِ: إذا أَدَّيْتَ إِلَيَّ خمسَ مئةٍ، أوْ متىٰ أَدَّيْتَ، أوْ إنْ أَدَّيْتَ، أوْ إنْ دفعْتَ إِلَيَّ خمسَ مئةٍ، فأنت بَرِيءٌ عن الباقي؛ فهذا كلُّه باطِلٌ، ولا يَبْرَأُ عن الباقي، وإنْ أَدَّىٰ إليه خمسَ مئةٍ، سواءٌ ذكَر لَفْظَ الصُّلْحِ، أوْ لم يَذْكُرْ؛ لأنه عَلَّقَ البَراءةَ بالشَّرْطِ صريحًا فتَبْطُلُ، كما لو قال: إنْ دخلْتَ الدَّارَ؛ فقد [١٣/٩٤و/د] أبرأتُك، بخلافِ ما تقدَّم؛ لأنه ما صَرَّح [٤١٥/٢و] بالتعليقِ، وإنْ كان فيه معنىٰ التعليقِ.

وحقيقةُ الفرقِ بينَهما: أن البَراءةَ إسقاطٌ، حتَّىٰ لا يتوقَّفَ علىٰ القبولِ، ويرتَدُّ بِالرَّدِّ، لِمَا فيه مِن معنىٰ التَّمْلِيكِ، وتعليقُ التَّمْلِيكِ بالشَّرْطِ باطلٌ كتعليقِ البَيْعِ، وتعليقُ الْإِسْقَاطِ جائزٌ كتعليقِ الطَّلَاقِ والعَتَاقِ، فاعتبَرْنا شُبْهَةَ التَّمْلِيكِ، وقُلْنا: بأنه إذا صَرَّح بالتعليقِ؛ لا يَصِحُّ، واعتبَرْنا شَبَهَ الْإِسْقَاطِ، وقُلْنا: بالصحَّةِ إذا لم يُصَرِّحْ.

وكذا إذا قال: ذلك للكَفِيلِ، وفيه نوعُ إشكالٍ؛ لأن إبراءَ الكَفِيلِ إسقاطٌ محْضٌ؛ ولهذا لا يرْتَدُّ برَدِّه، فيَنْبَغِي أنْ يَصِحَّ تعليقُه بالشَّرْطِ، إلا أن إبراءَ الكَفِيلِ كإبراءِ الْأَصِيلِ مِن حيثُ إنه لا يُحْلَفُ به، كما يُحَلَّفُ بالطلاقِ، فيَصِحُّ تعليقُه بشَرْطٍ متعارفٍ، ولا يَصِحُّ تعليقُه بما ليس بمتعارفٍ.

(١) ينظر: «شرح الجامع الصغير» لقاضيخان [ق/٣١٠].

وَلَهُمَا: أَنَّ هَذَا إِبْرَاءٌ مُقَيَّدٌ بِالشَّرْطِ فَيَفُوتُ بِفَوَاتِهِ؛ لِأَنَّهُ بَدَأَ بِأَدَاءِ الْخَمْسِمَائَةِ فِي الْغَدِ، وَإِنَّهُ يَصْلُحُ غَرَضًا حِذَارَ إِفْلَاسِهِ أَوْ تَوَسُّلًا إِلَىٰ تِجَارَةٍ أَرْبَحَ مِنْهُ، وَكَلِمَةُ عَلَىٰ إِنْ كَانَتْ لِلْمُعَاوَضَةِ فَهِيَ مُحْتَمِلَةٌ لِلشَّرْطِ؛ لِوُجُودِ مَعْنَىٰ الْمُقَابَلَةِ، فَيُحْمَلُ عَلَيْهِ عِنْدَ تَعَذُّرِ الْحَمْلِ عَلَىٰ الْمُعَاوَضَةِ تَصْحِيحًا لِتَصَرُّفِهِ أَوْ لِأَنَّهُ مُتَعَارَفٌ، وَالْإِبْرَاءُ مِمَّا يَتَقَيَّدُ بِالشَّرْطِ، وَإِنْ كَانَ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ كَمَا فِي الْحِوَالَةِ، وَسَنُخْرِجُ الْبِدَاءَةَ بِالْإِبْرَاءِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ.

غاية البيان

ولهذا قُلنا: إنه إذا كَفَلَ بمالٍ عن رَجُلٍ، وكفَلَ بنفسِ المكفولِ عنه أيضًا علىٰ أنه إنْ وافَىٰ بنفسِه غدًا؛ فهو بَرِيءٌ عن الكَفَالَةِ بالمالِ، فوافَىٰ بنفسِه؛ بَرِئَ عن المالِ وإنْ عَلَّقَ البَرَاءةَ [٦/١٩٨و/م] بالإيفاءِ؛ لأن هذا تعليقٌ بشَرْطٍ متعارفٍ، فصَحَّ.

قولُه: (**وَإِنَّهُ يَصْلُحُ غَرَضًا حِذَارَ إِفْلَاسِهِ**)، أي: أن أداءَ الخمسِ مئةٍ في الغدِ، يَصْلُحُ مقصودًا للطالبِ خوفًا مِن إفلاسِ المطلوبِ، ويَجُوزُ [١٣/٩٤ظ/د] أن يقَعَ المفعولُ له معرفةً، كما في قولِك: خرجْتُ مخافةَ الشرِّ، وقولُه: (**حِذَارَ إِفْلَاسِهِ**)، مِن هذا القَبِيلِ.

قولُه: (**وَالْإِبْرَاءُ مِمَّا يَتَقَيَّدُ بِالشَّرْطِ، وَإِنْ كَانَ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ**)، **يعني**: يَجُوزُ أنْ يَكُونَ الإبراءُ مقيَّدًا بشَرْطٍ مرغوبٍ فيه، حتىٰ إذا فات الشَّرْطُ انتَقَضَ الإبراءُ، كما هو في الحوالةِ، فإنها مُقَيَّدَةٌ بشَرْطِ سلامةِ الدَّيْنِ من ذِمَّةِ المُحْتالِ عليه، حتىٰ إذا مات المُحَالُ عليه مُفْلِسًا؛ انتقضَتِ الحَوَالَةُ، وعاد الدَّيْنُ إلىٰ ذِمَّةِ المُحِيلِ، ولكن لا يَجُوزُ تعليقُ الإبراءِ بالشَّرْطِ أصلًا؛ لِمَا فيه مِن معنىٰ التَّمْليكِ، وقد مَرَّ البيانُ.

قولُه: (**وَسَنُخْرِجُ الْبِدَاءَةَ بِالْإِبْرَاءِ**)، هذا عذْرٌ عن تأخيرِ جوابِ ما قاس عليه أبو يوسفَ بقولِه: «كما إذا بدأ بالإبراءِ»، يعني: نذْكُرُ الفرقَ بينَ المَقِيسِ والمَقِيسِ عليه عندَ قولِه: (**وَالثَّالِثُ: إِذَا قَالَ: أَبْرَأْتُك**)... إلىٰ آخرِه.

قَالَ الْعَبْدُ الضَّعِيفُ: وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ عَلَىٰ وُجُوهٍ: أَحَدُهَا مَا ذَكَرْنَاهُ.

وَالثَّانِي: إِذَا قَالَ صَالَحْتُكَ مِنَ الْأَلْفِ عَلَىٰ خَمْسِمَائَةٍ تَدْفَعُهَا إِلَيَّ غَدًا وَأَنْتَ بَرِيءٌ مِنَ الْفَضْلِ، عَلَىٰ أَنَّكَ إِنْ لَمْ تَدْفَعْهَا[1] فَالْأَلْفُ عَلَيْكَ عَلَىٰ حَالِهِ، وَجَوَابُهُ أَنَّ الْأَمْرَ عَلَىٰ مَا قَالَ؛ لِأَنَّهُ أَتَىٰ بِصَرِيحِ التَّقْيِيدِ فَيَعْمَلُ بِهِ.

وَالثَّالِثُ: إِذَا قَالَ أَبْرَأْتُكَ مِنْ خَمْسِمَائَةٍ مِنَ الْأَلْفِ عَلَىٰ أَنْ تُعْطِيَنِي الْخَمْسِمَائَةِ غَدًا وَالْإِبْرَاءُ فِيهِ وَاقِعٌ، أَعْطَىٰ الْخَمْسِمَائَةَ أَوْ لَمْ يُعْطِ؛ لِأَنَّهُ أَطْلَقَ الْإِبْرَاءَ أَوَّلًا، وَأَدَاءُ الْخَمْسِمَائَةَ لَا يَصْلُحُ عِوَضًا مُطْلَقًا، وَلَكِنَّهُ يَصْلُحُ شَرْطًا؛ فَوَقَعَ الشَّكُّ فِي تَقْيِيدِهِ بِالشَّرْطِ فَلَا يَتَقَيَّدُ بِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَدَأَ بِأَدَاءِ خَمْسِمَائَةٍ؛ لِأَنَّ الْإِبْرَاءَ حَصَلَ مَقْرُونًا بِهِ، فَمِنْ حَيْثُ أَنَّهُ لَا يَصْلُحُ عِوَضًا يَقَعُ مُطْلَقًا، وَمِنْ حَيْثُ أَنَّهُ يَصْلُحُ شَرْطًا لَا يَقَعُ مُطْلَقًا فَلَا يَثْبُتُ الْإِطْلَاقُ بِالشَّكِّ فَافْتَرَقَا.

وَالرَّابِعُ إِذَا قَالَ: أَدِّ إِلَيَّ خَمْسَ مِئَةٍ عَلَىٰ أَنَّكَ بَرِيءٌ مِنَ الْفَضْلِ، وَلَمْ يُوَقِّتْ لِلْأَدَاءِ وَقْتًا. وَجَوَابُهُ أَنَّهُ يَصِحُّ الْإِبْرَاءُ وَلَا يَعُودُ الدَّيْنُ؛ لِأَنَّ هَذَا إِبْرَاءٌ مُطْلَقٌ؛ لِأَنَّهُ لِمَا لَمْ يُوَقِّتْ لِلْأَدَاءِ وَقْتًا، لَا يَكُونُ الْأَدَاءُ غَرَضًا صَحِيحًا؛ لِأَنَّهُ وَاجِبٌ عَلَيْهِ فِي مُطْلَقِ الْأَزْمَانِ فَلَمْ يَتَقَيَّدْ بَلْ حُمِلَ عَلَىٰ الْمُعَاوَضَةِ وَلَا يَصْلُحُ عِوَضًا، **بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ**؛ لِأَنَّ الْأَدَاءَ فِي الْغَدِ غَرَضٌ صَحِيحٌ.

وَالْخَامِسُ: إِذَا قَالَ إِنْ أَدَّيْتُ إِلَيَّ خَمْسِمَائَةَ، أَوْ قَالَ: إِذَا أَدَّيْتَ أَوْ مَتَىٰ أَدَّيْتَ. [٩٣/و] وَالْجَوَابُ فِيهِ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ الْإِبْرَاءُ؛ لِأَنَّهُ عَلَّقَهُ بِالشَّرْطِ صَرِيحًا،

غاية البيان

قوله: (بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ)، أي: بخلافِ ما إذا وقَّتَ للأداءِ وقتًا؛ كما في قولِه: أدِّ إلَيَّ غدًا منها خمسَ مئةٍ على أنك بَرِيءٌ مِن الفضلِ.

---

(١) زاد بعده في (ط): «إلى الغد».

وَتَعْلِيقُ الْبَرَاءَاتِ بِالشُّرُوطِ بَاطِلٌ لِمَا فِيهَا مِنْ مَعْنَى التَّمْلِيكِ حَتَّى تَرْتَدَّ بِالرَّدِّ بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ؛ لِأَنَّهُ مَا أَتَى بِصَرِيحِ الشَّرْطِ فَحُمِلَ عَلَى التَّقْيِيدِ بِهِ.

قَالَ: وَمَنْ قَالَ لِآخَرَ: لَا أُقِرُّ لَكَ بِمَالِكَ حَتَّى تُؤَخِّرَهُ عَنِّي، أَوْ تَحُطَّ عَنِّي فَفَعَلَ جَازَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُكْرَهٍ، وَمَعْنَى الْمَسْأَلَةِ؛ إِذَا قَالَ ذَلِكَ سِرًّا، أَمَّا إِذَا قَالَ عَلَانِيَةً يُؤْخَذُ بِهِ.

غاية البيان

قولُه: (بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ؛ لِأَنَّهُ مَا أَتَى بِصَرِيحِ الشَّرْطِ)، يعني: أن الإبراءَ فيه معنى الْإِسْقَاطِ، ومعنى التَّمْلِيكِ، فإذا صَرَّح بالتعليقِ؛ لم يَصِحَّ اعتبارًا لشَبَهِ التَّمْلِيكِ، وإذا لم يُصَرِّحْ به؛ صحَّ اعتبارًا لشَبَهِ الْإِسْقَاطِ، وقد مَرَّ البيانُ آنفًا.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ قَالَ لِآخَرَ: لَا أُقِرُّ لَكَ بِمَالِكَ حَتَّى تُؤَخِّرَهُ عَنِّي، أَوْ تَحُطَّ عَنِّي، فَفَعَلَ؛ جَازَ عَلَيْهِ) [١٣/٩٥و/د]، أي: قال في «**الجامع الصغير**».

وصورتُها فيه: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفةَ رحمه الله: في رَجُلٍ كان له على رَجُلٍ مالٌ، فقال: لا أُقِرُّ لك حتى تُؤَخِّرَ عني، أوْ حتى تَحُطَّ عني، ففعَل، قال: هو جائزٌ»(١). إلى هنا لَفْظُ محمَّدٍ في أصلِ «**الجامع الصغير**»، وهي مِن الخواصِّ.

فمعنى قولِه: «فعَلَ»، أي: أَخَّرَ ربُّ الدَّيْنِ، أوْ حَطَّ بعضَ الدَّيْنِ، بأنْ أبرَأَ المَدْيُونَ عن بعضِ الدَّيْنِ.

ومعنى قولِه: «هو جائزٌ»، أي: التأخيرُ، أو الحَطُّ جائزٌ لازمٌ على ربِّ الدَّيْنِ، حتَّى لا يَتَمَكَّنَ مِن المطالَبةِ في الحالِ في صورةِ التأخيرِ، ولا يَتَمَكَّنُ مِن مُطالبةِ كُلِّ الدَّيْنِ في صورةِ الحطِّ، وذلك لأن الطالبَ كان راضِيًا في التأخيرِ والحَطِّ؛ لأنه لو شاء لم يَفْعَلْ ذلك إلى أنْ يَجِدَ البَيِّنَةَ، أوْ يُحَلِّفَ الآخرَ، فيَنْكُلَ عن اليَمِينِ، فلَمَّا فَعَلَ بلا انتظارٍ؛ دَلَّ أنه كان راضيًا بذلك، فجاز.

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٢٠].

. . . .

وَلَا يُقَالُ: إنه مُكْرَهٌ في فِعْلِ التأخيرِ والحَطِّ ؛ لأنه لو لم يَفْعَلْ ذلك ؛ كان لا يُقِرُّ [٢/٤١٥ظ] ؛ لأنَّا لَا نُسَلِّمُ الإكراهَ ؛ لأن [٦/١٩٨ظ/م] الإكراهَ إنما يَكُونُ بالعقوبةِ والحبْسِ ، ولم يُوجَدْ.

غايةُ ما في البابِ: أنه لو لم يَفْعَلْ لا يُقِرُّ ، ولا يَلْزَمُ مِن ذلك عدمُ الجوازِ ؛ لأن الصُّلْحَ على الإنكارِ أجْوَزُ ما يَكُونُ ؛ لأن الصُّلْحَ إنَّما يَكُونُ عندَ المُنَازَعةِ ، وهي عندَ الإنكارِ لا الإِقْرَارِ.

قالوا في «شروح الجامع الصغير»: «وهذا إنما يَكُونُ في السِّرِّ ، أمَّا إذا قال ذلك عَلَانِيةً ؛ يُؤَاخَذُ بإقرارِه».

ونَخْتِمُ الفصلَ بمسألةٍ ذكَرَها في «**شرح الكافي**» ـ في بابِ الصُّلْحِ في الدَّيْنِ ـ قال: «ولو كان لرجلٍ على رَجُلٍ دراهمَ لا يَعْرِفانِ [١٣/٩٥ظ/د] وزْنَها ، فصالَحَه منها على ثوبٍ ، أوْ غيرِه فهو جائزٌ ؛ لأن جهالةَ المُصَالَحِ عنه لا تمْنَعُ مِن صحَّةِ الصُّلْحِ.

وإنْ صالَحَه على دراهمَ ؛ فهو فَاسِدٌ في القياسِ ؛ لأنه يَحْتَمِلُ أنَّ بدلَ الصُّلْحِ أكثرُ منه ، لكنِّي أستَحْسِنُ أنْ أُجِيزَه ؛ لأن الظاهرَ أنه كان أقلَّ مما عليه ؛ لأن مبْنَى الصُّلْحِ على الحَطِّ والإِغْماضِ ، فكان تقديرُهما بدلَ الصُّلْحِ بشيءٍ دلالةً ظاهرةً أنهما عَرفاه أقلَّ مما عليه ، وإنْ كانا لا يعْرِفانِ قَدْرَ ما عليه في نفسِه».

واللهُ أعلمُ بالصوابِ ، وإليه المآبُ.

فَصْلٌ
فِي الدَّيْنِ الْمُشْتَرَكِ

وَإِذَا كَانَ الدَّيْنُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ، فَصَالَحَ أَحَدُهُمَا مِنْ نَصِيبِهِ عَلَىٰ ثَوْبٍ؛ فَشَرِيكُهُ بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَ اتَّبَعَ الَّذِي عَلَيْهِ الدَّيْنُ بِنِصْفِهِ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ نِصْفَ الثَّوْبِ، إِلَّا أَنْ يَضْمَنَ لَهُ شَرِيكُهُ رُبُعَ الدَّيْنِ، ....

غاية البيان

فَصْلٌ
فِي الدَّيْنِ الْمُشْتَرَكِ

لَمَّا ذكرَ مُطْلَقَ الدَّيْنِ: شرَعَ في الدَّيْنِ المشتركِ؛ لأن الاشتراكَ عارِضٌ، والأصلُ عدمُ العارضِ، فناسَب التأخيرَ.

قولُه: (**وَإِذَا كَانَ الدَّيْنُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ، فَصَالَحَ أَحَدُهُمَا مِنْ نَصِيبِهِ عَلَىٰ ثَوْبٍ؛ فَشَرِيكُهُ بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَ اتَّبَعَ الَّذِي عَلَيْهِ الدَّيْنُ بِنِصْفِهِ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ نِصْفَ الثَّوْبِ، إِلَّا أَنْ يَضْمَنَ لَهُ شَرِيكُهُ رُبُعَ الدَّيْنِ**)، وهذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «**مختصره**»[1].

والاستثناءُ مِن قولِه: (**فَشَرِيكُهُ بِالْخِيارِ**)، يعني: إذا ضَمِنَ الشَّرِيكُ المُصَالِحُ رُبعَ الدَّيْنِ، ليس للشَّرِيكِ غيرِ المُصَالِحِ الخِيارُ؛ لأن حقَّه في الدَّيْنِ، ولا يَكُونُ له سبيلٌ في الثَّوْبِ.

وإنما وَضَع المسألةَ في الدَّيْنِ بينَ شَرِيكَيْنِ؛ لأنه إذا ادَّعَىٰ اثنانِ في دارٍ، فصَالَحَ أحدُهما مِن نصيبِه مِن الدَّارِ علىٰ مالٍ؛ لم يَشْرَكْهُ الآخَرُ.

أَلَا تَرَىٰ إلىٰ ما ذكَر الحاكمُ الشهيدُ في بابِ الصُّلْحِ في الغَصْبِ مِن «**مختصر الكافي**»: «ولو أن رَجُلينِ ادَّعَيَا في دارٍ دعوىٰ ميراثٍ عن أبيهما، فصَالَحَ [١٣/٩٦و/د] ربُّ الدَّارِ أحدَهما علىٰ مالٍ؛ لم يَشْرَكْهُ الآخَرُ فيه إنْ كان المُصَالِحُ مُقِرًّا، أوْ مُنْكِرًا،

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٢٢].

....

وكذلك العُرُوضُ ؛ لأن في زَعْمِهما أنه بائعٌ نصيبَه في المِيراثِ».

وقال الحاكمُ أيضًا في بابِ الصُّلْحِ في العَقَارِ: «ولو أن رَجُلينِ ادَّعَيَا في يدِ رَجُلٍ دارًا وقالا: وَرِثناها عن أبينا، وجحَد الرَّجُلُ، ثم صالَحَ أحدُهما مِن حِصَّتِه مِن هذه الدعوىٰ علىٰ مئةِ درهمٍ، وأراد شريكُه أن يَشْرَكَهُ في هذه المئةِ لم يَكُنْ له ذلك، ولم يَكُنْ له أنْ يأخُذَ مِن الدَّارِ شيئًا إلَّا أنْ يُقِيمَ البَيِّنَةَ»(١).

وذلك لِمَا قال شيخُ الإسلامِ رحمه الله في «**شرح الكافي**» بقولِه: «لأن في زَعْمِه: أنْ يَبِيعَ [٦/١٩٩و/م] نصيبَه مِن الدَّارِ المشتركةِ بينَه وبينَ أخيه، ومَن باع نصيبَه مِن مالٍ مُشْتَرَكٍ بينَه وبينَ غيرِه؛ ليس لشريكِه أنْ يُشارِكَهُ في الثَّمَنِ؛ لأن الثَّمنَ بدلُ مِلْكِه، لا بدلُ مِلْكٍ مشترَكٍ».

قال شيخُ الإسلامِ: «قال أبو الفضلِ ـ يعني: الحاكمَ الشهيدَ ـ: ذكرَ عن إبراهيمَ بنِ رُسْتُمَ: أن أبا يوسفَ قال: يُشارِكُه، وأن محمدًا قال: لا يُشَارِكُه؛ لأن المذهبَ عندَ أبي يوسفَ: أن الصُّلْحَ ليس بمُعاوضةٍ، بل اسْتِيفَاءً لحَقِّه، وأجمعوا أن المُدَّعَىٰ إذا كان دَيْنًا، فصَالَحَ أحدُهما مِن نصيبِه علىٰ شيءٍ لشريكِه أنْ يُشَارِكَهُ؛ لأنه اسْتِيفَاءٌ علىٰ قولِ الكُلِّ.

والأصلُ هنا: أن الدَّيْنَ المشتركَ الذي يَثْبُتُ بسببٍ واحدٍ للشريكَيْنِ، إذا قَبَضَ أحدُهما شيئًا منه [٢/٤١٦و] فالمقبوضُ مِن النصيبَيْنِ [١٣/٩٦ظ/د]؛ لأنا لو جعلناه مِن نصيبِ أحدِهما؛ لكنَّا قد قسَمْنا الدَّيْنَ حالَ كونِه في الذِّمَّةِ، وقِسْمَةُ الدَّيْنِ حالةَ كونِه في الذِّمَّةِ لا تَجُوزُ.

والدليلُ علىٰ ذلك: هو أن القِسْمَةَ تمْييزُ الحُقُوقِ، وذلك لا يَتَأَتَّىٰ فيما في

---

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٣٦٥].

. . . .

الذِّمَّةِ، ولأنهما لو اقتسَما الأعيانَ مِن غيرِ تمييزٍ؛ لم يَصِحَّ لعدمِ التمييزِ، أَلَا تَرَىٰ أن صُبْرَةَ طعامٍ بينَ شَرِيكَيْنِ، لو قال أحدُهما للآخَرِ: خذْ منها هذا الجانبَ لك، وهذا الجانبُ لي؛ لم يَصِحَّ لعدمِ التمييزِ، وكذلك القِسْمَةُ فيما في الذِّمَّةِ لِمَا لم يَتَميَّزْ، ولأن القِسْمَةَ فيها معنىٰ التَّمْلِيكِ؛ لأن كلَّ واحدٍ مِن المقْتَسِمِين يَأْخُذُ نِصْفَ حقِّه، ويَأْخُذُ الباقيَ عِوَضًا عما له في يدِ الآخَرِ، وتمليكُ الدَّيْنِ لغيرِ مَن في ذِمَّتِه لا يَجُوزُ، فإذا ثبَتَ هذا كان المَقْبُوضُ مِن الحَقَّيْنِ جميعًا، فكان لشريكِه أنْ يَأْخُذَ نِصْفَ المَقْبُوضِ بعَيْنِه، وإنْ كان أَجْودَ منه، فإن الجودةَ لا يُعْتَبَرُ بها في الجنسِ الواحدِ.

أَلَا تَرَىٰ أن مَن عليه الدَّيْنُ إذا أَدَّىٰ أجودَ منه؛ أُجْبِرَ صاحبُ الدَّيْنِ علىٰ قَبْضِه، وصار كأنه قَبَضَ نفسَ حقِّه، فلزِمَهُ أنْ يُعْطِيَه نصفَه وإنْ كان المَقْبُوضُ أرداَ منه، فلَمْ يَسْلَمْ له مِن دَيْنِه إلا هذا القَدْرَ؛ فلَمْ يَلْزَمْهُ ضَمَانُ غيرِه.

وإذا ثبَتَ هذا: جِئْنا إلىٰ مسألة الكتاب فقلنا: إذا صالَحَ أحدُهما مِن نصيبِه علىٰ ثوبٍ [١٣/٩٧و/د]؛ فشريكُه بالخِيارِ:

إنْ شاء اتَّبَعَ الذي عليه الدَّيْنُ بنصفِه؛ لأن الدَّيْنَ ثابتٌ في ذمَّتِه، فكان له أن يَرْجِعَ عليه بنصفِه، كما لوِ اشْتَرَىٰ شريكُه بنصيبِه ثوبًا.

وإنْ شاء أخذَ نِصْفَ الثَّوْبِ مِن الشَّرِيكِ؛ لأن الصُّلْحَ وَقَع علىٰ نِصْفِ الدَّيْنِ، وهو مُشاعٌ؛ بدليلِ ما بَيَّنَّا أن قِسْمَةَ الدَّيْنِ [٦/١٩٩ظ/م] حالَ كونِه في الذِّمَّةِ لا تَصِحُّ.

وحقُّ الشَّرِيكِ مُتعَلِّقٌ بكلِّ جُزْءٍ منَ الدَّيْنِ، فصار عِوَضُ الثَّوْبِ نصفَه مِن حقِّه، فوقَفَ علىٰ إجازتِه، وأَخْذُه للنِّصْفِ دلالةٌ علىٰ إجَازةِ العَقْدِ؛ فصحَّ ذلك وجاز، فإنْ ضَمِنَ له شريكُه ربعَ الدَّيْنِ، لم يَكُنْ له علىٰ الثَّوْبِ سبيلٌ؛ لأن حقَّه في الدَّيْنِ. كذا في «**شرح الأقطع**»[1].

(١) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٣٨٥].

وَأَصْلُ هَذَا أَنَّ الدَّيْنَ الْمُشْتَرَكِ بَيْنَ اثْنَيْنِ إِذَا قَبَضَ أَحَدُهُمَا شَيْئًا مِنْهُ فَلِصَاحِبِهِ أَنْ يُشَارِكَهُ **فِي الْمَقْبُوضِ** ؛ **لِأَنَّهُ ازْدَادَ بِالْقَبْضِ** ، إِذْ مَالِيَّةُ الدَّيْنِ بِاعْتِبَارِ عَاقِبَةِ الْقَبْضِ ، وَهَذِهِ الزِّيَادَةُ رَاجِعَةٌ إِلَىٰ أَصْلِ الْحَقِّ فَتَصِيرُ كَزِيَادَةِ الثَّمَرِ وَالْوَلَدِ ، وَلَهُ حَقُّ الْمُشَارَكَةِ ، **وَلَكِنَّهُ قَبْلَ الْمُشَارَكَةِ بَاقٍ عَلَىٰ مَالِكِ الْقَابِضِ** ، لِأَنَّ الْعَيْنَ غَيْرُ الدَّيْنِ حَقِيقَةً ، وَقَدْ قَبَضَهُ بَدَلًا عَنْ حَقِّهِ ، فَيَمْلِكُهُ حَتَّىٰ يَنْفُذَ فِيهِ تَصَرُّفُهُ ، وَيَضْمَنَ لِشَرِيكِهِ حِصَّتَهُ ، **وَالدَّيْنُ الْمُشْتَرَكُ: أَنْ يَكُونَ وَاجِبًا بِسَبَبٍ مُتَّحِدٍ ، كَثَمَنِ الْمَبِيعِ إِذَا كَانَ**

غاية البيان

قولُه: (فَصَالَحَ أَحَدُهُمَا مِنْ نَصِيبِهِ عَلَىٰ ثَوْبٍ) ، احترازٌ عما إذا اشْتَرَىٰ أحدُهما بنصيبِه سِلْعَةً ، حيثُ لا يَكُونُ للآخرِ أنْ يَشْرَكَهُ ، وسَيَجِيءُ ذلك بعدَ هذا.

قولُه: (فِي الْمَقْبُوضِ) ، وهو الدراهمُ أو الدنانيرُ.

قولُه: (لِأَنَّهُ ازْدَادَ بِالْقَبْضِ) ، أي: لأن الدَّيْنَ ازداد خيرًا بسببِ كونِه مقبوضًا ومنقودًا ، وهذا دليلٌ علىٰ مشاركةِ الشَّرِيكِ الآخَرِ في المَقْبُوضِ.

والأَولَىٰ في التعليلِ: ما ذَكَرْنا مِن أن قِسْمةَ الدَّيْنِ حالَ كونِه في الذِّمَّةِ ؛ لا يَجُوزُ ، فلَمَّا لَمْ يَجُزْ ذلك شارَكَه الآخرُ.

قولُه: (وَلَكِنَّهُ قَبْلَ الْمُشَارَكَةِ بَاقٍ عَلَىٰ مِلْكِ الْقَابِضِ) ، **هذا جوابُ سُؤَالٍ مُقَدَّرٍ بأنْ يُقَالَ**: لو كان زيادةَ الدَّيْنِ بالقَبْضِ ؛ كزيادةِ الثَّمنِ والولدِ ؛ لَمْ يَجُزْ تصَرُّفُ القابضِ في المَقْبُوضِ [١٣/٩٧ظ/د] ، كما لا يَجُوزُ تصَرُّفُ أحدِ الشريكَيْنِ في الثَّمَنِ والولدِ بدونِ إذْنِ الشَّرِيكِ الآخَرِ.

فأجاب عنه وقال: ولكن المَقْبُوضَ قبلَ مشاركةِ الشَّرِيكِ الآخرِ باقٍ علىٰ مِلْكِ القابضِ ؛ لمُغَايرةٍ بينَ العينِ والدَّيْنِ ، وقد قَبَضَ العينَ بدلًا عن حقِّه في الدَّيْنِ ، فجاز تصَرُّفُه فيه.

قولُه: (وَالدَّيْنُ الْمُشْتَرَكُ: أَنْ يَكُونَ وَاجِبًا بِسَبَبٍ مُتَّحِدٍ ، كَثَمَنِ الْمَبِيعِ إِذَا كَانَ

صَفْقَةً وَاحِدَةً، وَثَمَنُ الْمَالِ الْمُشْتَرَكِ وَالْمَوْرُوثِ بَيْنَهُمَا وَقِيمَةُ الْمُسْتَهْلَكِ الْمُشْتَرَكِ. إِذَا عَرَفْنَا هَذَا فَنَقُولُ فِي مَسْأَلَةِ الْكِتَابِ: لَهُ أَنْ يَتْبَعَ الَّذِي عَلَيْهِ الْأَصْلُ؛ لِأَنَّ نَصِيبَهُ بَاقٍ فِي ذِمَّتِهِ؛ لِأَنَّ الْقَابِضَ قَبَضَ نَصِيبَهُ، لَكِنْ لَهُ حَقُّ الْمُشَارَكَةِ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ نِصْفَ الثَّوْبِ؛ لِأَنَّ لَهُ حَقَّ الْمُشَارَكَةِ إِلَّا أَنْ يَضْمَنَ لَهُ شَرِيكُهُ رُبْعَ الدَّيْنِ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ فِي ذَلِكَ.

قَالَ: وَلَوِ اسْتَوْفَى نِصْفَ نَصِيبِهِ مِنَ الدَّيْنِ؛ كَانَ لِشَرِيكِهِ أَنْ يَشْرَكَهُ

غاية البيان

صَفْقَةً وَاحِدَةً)، هذا بيانُ الدَّيْنِ بينَ الشريكَيْنِ، **يعني**: أن الدَّيْنَ بينَ الشريكَيْنِ هو الذي يحْصُلُ لاثنينِ بسببٍ متَّحدٍ، كعبْدٍ لاثنينِ قالا للمُشْتَرِي: بِعْناه منك، وهذه صَفْقَةٌ واحدةٌ، وكذا إذا استهلَكه إنسانٌ خطَأً، حتَّى وجَبَتْ القِيمَةُ عليه لهما، أوْ كان الدَّيْنُ ميراثًا لاثنيْنِ.

واحترزَ بالصفقةِ الواحدةِ عن الصفقتَيْنِ، حيثُ لا يَكُونُ [٢/٤١٦ظ] للشَّرِيكِ الساكتِ المشاركةُ.

أَلَا تَرَى إلى ما قال في «**شرح الكافي**»: «عبْدٌ بينَ رَجُلينِ، باع أحدُهما نصيبَه مِن رَجُلٍ بخمسِ مئةِ درهمٍ، وباع الآخرُ نصيبَه مِن ذلك الرَّجُلِ بخمسِ مئةٍ، وكتبَا عليه صَكًّا واحدًا بألفِ درهمٍ، وقبَضَ أحدُهما منه شيئًا؛ لَمْ يَكُنْ للآخَرِ أن يُشارِكَهُ؛ لأنه لا شَرِكَةَ لهما في الدَّيْنِ [٦/٢٠٠و/م]؛ لأن كلَّ دَيْنٍ وجَب بسببٍ على حِدَةٍ».

قولُه: (وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ نِصْفَ الثَّوْبِ)، ونِصْفُ الثَّوْبِ قَدْرُ رُبعِ الدَّيْنِ؛ لأن الثَّوْبَ صُولِح عليه بنِصْفِ الدَّيْنِ، فيَكُونُ الثَّوْبُ قَدْرَ نِصْفِ الدَّيْنِ، ونِصْفُ النِّصْفِ: رُبعٌ لا محالةَ.

قولُه: (قَالَ: وَلَوِ اسْتَوْفَى نِصْفَ نَصِيبِهِ مِنَ الدَّيْنِ؛ كَانَ لِشَرِيكِهِ أَنْ يَشْرَكَهُ

فِيمَا قَبَضَ لِمَا قُلْنَا، ثُمَّ يَرْجِعَانِ عَلَى الْغَرِيمِ بِالْبَاقِي؛ لِأَنَّهُمَا لَمَّا اشْتَرَكَا فِي الْمَقْبُوضِ لَا بُدَّ أَنْ يَبْقَى الْبَاقِي عَلَى الشَّرِكَةِ.

قَالَ: وَلَوِ اشْتَرَى أَحَدُهُمَا بِنَصِيبِهِ مِنَ الدَّيْنِ سِلْعَةً؛ كَانَ لِشَرِيكِهِ أَنْ يُضَمِّنَهُ رُبُعَ الدَّيْنِ؛ لِأَنَّهُ صَارَ قَابِضًا حَقَّهُ بِالْمُقَاصَّةِ كَمَلًا، لِأَنَّ مَبْنَى الْبَيْعِ [٩٣/ظ] **عَلَى الْمُمَاكَسَةِ ....**

غاية البيان

فِيمَا قَبَضَ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «**مختصره**»، وتمامُه فيه: «ثم يرْجِعان على الغَرِيمِ بالباقي[1]»[2].

وإنما كان لشريكِه أنْ يَشْرَكَه فيما قبَضَ؛ لِمَا بَيَّنَ قَبْلَ هذا: أن الدَّيْنَ المشترَكَ بينَ اثنينِ إذا قبَضَ أحدُهما شيئًا منه؛ فلصاحِبِه أن يُشارِكَهُ في المَقْبُوضِ، وهذا معنى **قولِه: (لِمَا قُلْنَا)**، فإذا كان المَقْبُوضُ على الشَّرِكَةِ؛ كان الباقي كذلك، فيرْجِعانِ به على الغَرِيمِ.

قولُه: (قَالَ: وَلَوِ [١٣/٩٨و/د] **اشْتَرَى أَحَدُهُمَا بِنَصِيبِهِ مِنَ الدَّيْنِ سِلْعَةً؛ كَانَ لِشَرِيكِهِ أَنْ يُضَمِّنَهُ رُبُعَ الدَّيْنِ)**، أي: قال القُدُورِيُّ في «**مختصره**»[2]، وذلك لأن أحدَ رَبَّي الدَّيْنِ لَمَّا اشْتَرَى بنصيبِه مِن الدَّيْنِ مِن المَدْيُونِ سِلْعَةً؛ وجَبَ على ذِمَّته مِثْلُ ما وجَبَ في ذمَّةِ المَدْيُونِ، فالتقَيَا قِصاصًا، فصار كأنه قبَضَ نِصْفَ الدَّيْنِ، فلوِ اسْتَوْفَى نِصْفَ الدَّيْن كان لشريكِه أنْ يَرْجِعَ عليه بحِصَّته مِن ذلك، فكذا هذا.

قولُه: (لِأَنَّ مَبْنَى الْبَيْعِ عَلَى الْمُمَاكَسَةِ)، دليلُ قولِه: (صَارَ قَابِضًا حَقَّهُ بِالْمُقَاصَّةِ كَمَلًا[3]).

---

(١) وَقَع بالأصل: «البـاقي». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «مختصر القُدُورِيِّ».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٢٢].

(٣) يقال: أعطاهُ المالَ كَمَلًا ـ بالتحريك ـ: أَيْ كامِلًا، هكذا يُتَكَلَّم به في الجَمِيعِ والوُحْدَان سواء،=

بِخِلَافِ الصُّلْحِ؛ لِأَنَّ مَبْنَاهُ عَلَى الْإِغْمَاضِ وَالْحَطِيطَةِ، فَلَوْ أَلْزَمْنَاهُ دَفْعَ رُبْعِ الدَّيْنِ يَتَضَرَّرُ بِهِ فَيُخَيَّرُ الْقَابِضُ كَمَا ذَكَرْنَا، ....

غاية البيان

قولُه: (بِخِلَافِ الصُّلْحِ)، يعني: أن أحدَ الشريكَيْنِ في الدَّيْنِ إذا اشْتَرَىٰ بنصيبِه سِلْعَةً؛ ليس له الخِيارُ، بل يَضْمَنُ ربعَ الدَّيْنِ، بخلافِ ما إذا صالَحَ عن نصيبِه علىٰ سِلْعَةٍ كَالثَّوْبِ مَثلًا، حيثُ يَكُونُ المُصَالَحُ بِالخِيارِ: إنْ شاء دفَع إليه نِصْفَ الثَّوْبِ، وإنْ شاء دفَع إليه ربعَ الدَّيْنِ.

وعندَ زُفَرَ: يَلْزَمُهُ أن يُؤَدِّيَ إليه ربعَ الدَّيْنِ بلا خِيارٍ، كما لوِ اشْتَرَىٰ؛ لأنه صار به قابضًا، ونحنُ نُفَرِّقُ بينَهُما.

وجهُ الفرقِ: أن مبنَىٰ الصُّلْحِ علىٰ الحَطِيطَةِ[1] والتجوُّزُ بدونِ الحقِّ، وما صار إليه إلا لضرورةٍ داعيةٍ، فإذا ألزمناه رَدَّ حِصَّةَ الساكتِ؛ يَلْزَمُ الضَّرَرُ، بخلافِ الشِّراءِ؛ لأن مبناه علىٰ المماكسةِ دونَ التجوُّزِ، فلا يَلْزَمُ الضَّرَرُ في إِلْزَامِ ردِّ الحِصَّةِ.

قولُه: (كَمَا ذَكَرْنَا)، إِشَارَةٌ [١٣/٩٨ظ/د] إلىٰ قولِه: **(إِلَّا أَنْ يَضْمَنَ لَهُ شَرِيكُهُ رُبُعَ الدَّيْنِ)**. إذْ فيه إِشَارةٌ إلىٰ أن المُصَالِحَ له خيارٌ في أن يَدْفَعَ نِصْفَ الثَّوْبِ، أوْ رُبعَ الدَّيْنِ؛ لأن تقديرَ الكلامِ ثَمَّةَ: أن غيرَ المُصَالحِ بِالخِيارِ [٦/٢٠٠ظ/م] في اتِّباعِ المَدْيُونِ وأخْذِ نِصْفِ الثَّوْبِ، إلا أنْ يَضْمَنَ القابضُ ربعَ الدَّيْنِ، فحينَئذٍ لا يَكُونُ لغيرِ المُصَالحِ، وهو الشَّرِيكُ الساكتُ خِيارٌ.

= لا يُثَنَّىٰ ولا يُجْمَع؛ وليسَ بمَصْدر ولا نَعْت، إنَّما هو كقوْلِكَ: أَعْطَيْته كُلَّه. وقد تقدم التعريف بذلك.

(١) **الحَطِيطَةُ في اللغة:** مِن الحَطِّ، وهو إنزال الشيء مِن عُلْوٍ إلىٰ سُفْلٍ. يقال: حَطَّ مِن الثمن كذا؛ أي: أسقط منه. واسمُ المَحْطُوط: الحَطِيطة.

أمَّا بيعُ الحَطِيطة في الاصطلاح الفقهي: فهو البيع بمِثْل الثمن الأول الذي اشترَىٰ به البائع، مع حَطِّ قدْرٍ معلومٍ منه. وقد تقدم التعريف بذلك.

وَلَا سَبِيلَ لِلشَّرِيكِ عَلَىٰ الثَّوْبِ فِي الْبَيْعِ ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِعَقْدِهِ ، وَالِاسْتِيفَاءُ بِالْمُقَاصَّةِ بَيْنَ ثَمَنِهِ وَبَيْنَ الدَّيْنِ . وَلِلشَّرِيكِ أَنْ يَتْبَعَ الْغَرِيمَ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ فِي ذِمَّتِهِ بَاقٍ ؛ لِأَنَّ الْقَابِضَ اسْتَوْفَىٰ نَصِيبَهُ حَقِيقَةً ، لَكِنَّ لَهُ حَقَّ الْمُشَارَكَةِ فَلَهُ أَلَّا يُشَارِكَهُ .

غاية البيان

قولُه: (وَلَا سَبِيلَ لِلشَّرِيكِ عَلَىٰ الثَّوْبِ فِي الْبَيْعِ)، أي: لا يَكُونُ للشَّرِيكِ الساكتِ سبيلٌ علىٰ الثَّوْبِ في البَيْعِ ، يَعْنِي: في صورةِ الشِّراءِ ، ولكن معَ هذا لو اتَّفقا علىٰ الشَّرِكَةِ في الثَّوْبِ جاز ؛ لأن الثَّوْبَ علىٰ مِلْكِ القابضِ ، فإذا سَلَّمَ إلىٰ الشَّرِيكِ الساكتِ نصفَه ، ورَضِيَ هو بذلك ؛ صار كأنه باع منه نِصْفَ الثَّوْبِ .

قولُه: (وَالِاسْتِيفَاءُ بِالْمُقَاصَّةِ بَيْنَ ثَمَنِهِ وَبَيْنَ الدَّيْنِ)، **بالرفعِ جوابُ سُؤَالٍ مُقَدَّرٍ بأن يُقَالَ**: إن أحدَ رَبَّي الدَّيْنِ لَمَّا اشْتَرَىٰ بنصيبه مِن الدَّيْنِ ثوبًا ؛ حَصَلَتِ المُقَاصَّةُ بينَ ثَمنِ الثَّوْبِ وبينَ الدَّيْنِ ، والدَّيْنُ كان مشتركًا ، فيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الثَّوْبُ أيضًا مشتَركًا بينَهما ؛ لحصولِه بِدَيْنٍ مشتَركٍ ، فكيفَ تَقُولُون: إنه لا سبيلَ للشَّريكِ علىٰ الثَّوْبِ ؟

فأجاب عنه وقال: الاستيفاءُ بِالْمُقَاصَّةِ بدَيْنِه الخاصِّ [٢/٤١٧و] ، لا بِدَيْنٍ مشتركٍ ، فلا يَكُونُ للشَّرِيكِ الساكتِ سبيلٌ علىٰ الثَّوْبِ .

قولُه: (وَلِلشَّرِيكِ أَنْ يَتْبَعَ الْغَرِيمَ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا)، **أي**: للشَّرِيكِ الساكتِ اتِّباعُ المَدْيُونِ بحِصَّتِه في صورةِ الصُّلْحِ علىٰ ثوبٍ ، وصورةِ أَخْذِ الدَّيْنِ مِن الدراهمِ والدنانيرِ ، وصورةِ شِراءِ السِّلْعَةِ ؛ لأن حقَّ [١٣/٩٩و/د] الساكتِ باقٍ في ذِمَّةِ المَدْيُونِ .

غايةُ ما في البابِ: أن للشَّرِيكِ الساكتِ حقُّ المشاركةِ في المَقْبُوضِ ، ولا يَلْزَمُهُ المشاركةُ ، وهذا معنىٰ قولِه: **(لَكِنَّ لَهُ حَقَّ الْمُشَارَكَةِ فَلَهُ أَلَّا يُشَارِكَهُ[١])**.

---

(١) وقع بالأصل: «أن يُشَارِكَهُ». والمثبت من: «ن» ، و«م» ، و«تح» ، و«غ».

فَلَوْ سَلَّمَ لَهُ مَا قَبَضَ، ثُمَّ تَوِيَ مَا عَلَى الْغَرِيمِ؛ لَهُ أَنْ يُشَارِكَ الْقَابِضَ؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِالتَّسْلِيمِ لِيُسَلِّمَ لَهُ مَا فِي ذِمَّةِ الْغَرِيمِ وَلَمْ يُسَلِّمْ.

وَلَوْ وَقَعَتِ الْمُقَاصَّةُ بِدَيْنٍ كَانَ عَلَيْهِ مِنْ قَبْلُ، لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ الشَّرِيكُ؛ لِأَنَّهُ قَاضٍ بِنَصِيبِهِ لَا مُقْتَضٍ، وَلَوْ أَبْرَأَهُ عَنْ نَصِيبِهِ فكَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ إِتْلَافٌ وَلَيْسَ

غاية البيان

قولُه: (فَلَوْ سَلَّمَ لَهُ مَا قَبَضَ، ثُمَّ تَوِيَ مَا عَلَى الْغَرِيمِ؛ لَهُ أَنْ يُشَارِكَ الْقَابِضَ)، هذا تفريعٌ على مسألةِ القُدُورِيِّ، يعني: لو سَلَّمَ الشَّرِيكُ الساكتُ للقابضِ المَقْبُوضَ مِن الثَّوْبِ المُصَالَحِ عليه، أو الدراهمَ والدنانيرَ، أو الثَّوْبَ المُشْتَرَى، بأنْ قال: سلَّمْتُ لك ما قبضْتَ، ولا أرجعُ عليك بحِصَّتي، ثم تَوِيَ ما على الغَرِيمِ، بأنْ مات مُفْلسًا؛ كان له أنْ يَرْجِعَ على القابضِ بحِصَّتِه؛ لأنه إنما سَلَّمَ على رجاءِ سلامةِ ما في ذِمَّةِ الغَرِيمِ، فإذا تَوِيَ لَمْ يَسْلَمْ، فيَرْجِعُ كما في الحَوَالَةِ إذا مات المُحْتالُ عليه مُفْلِسًا؛ يَرْجِعُ المُحْتالُ له على المُحِيلِ.

قولُه: (وَلَوْ وَقَعَتِ الْمُقَاصَّةُ بِدَيْنٍ كَانَ عَلَيْهِ مِنْ قَبْلُ، لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ الشَّرِيكُ؛ لِأَنَّهُ قَاضٍ، لَا مُسْتَوْفٍ)، أي: مُؤَدٍّ دَيْنَه، لا مُستوفٍ دَيْنَه [٦/٢٠١و/م]، وهذا الذي ذكَرَه تفريعٌ على مسألةِ القُدُورِيِّ.

وصورتُه: ما ذكَره شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ في «شرح الكافي» - في بابِ الصُّلْحِ في الدَّيْنِ إلى أَجَلٍ - قال: «وإذا كان لرجلَيْنِ على رَجُلٍ ألفُ درهمٍ مِن ثَمَنِ مَبِيعٍ، فأقَرَّ أحدُهما أنه كان للمطلوبِ عليه خمسُ مئةٍ قبلَ دَيْنِهما؛ فقد بَرِئَ المطلوبُ مِن حِصَّتِه [١٣/٩٩ظ/د]، ولا شيءَ للشَّرِيكِ عليه؛ لأن في زَعْمِه أنه قضَى دَيْنَ المطلوبِ بما دايَنَهُ، أوْ أقرَضَه، ومَن قضَى دَيْنًا عليه مِن مالٍ مشترَكٍ؛ ليس للشَّرِيكِ أن يُشَارِكَهُ، ولوِ اقتضَى مِن دَيْنٍ مشتركٍ شيئًا؛ كان للشَّرِيكِ أنْ يُشَارِكَهُ.

وفيما نحنُ فيه هو قاضٍ لا مُقْتضٍ؛ لأن آخِرَ الديْنَيْنِ يُجْعَلُ قَضَاءً عن أوَّلِهما،

بِقَبْضٍ، وَلَوْ أَبْرَأَهُ عَنِ الْبَعْضِ؛ كَانَتْ قِسْمَةُ الْبَاقِي عَلَىٰ مَا بَقِيَ مِنَ السِّهَامِ.

وَلَوْ أَخَّرَ أَحَدُهُمَا عَنْ نَصِيبِهِ؛ صَحَّ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ؛ اعْتِبَارًا بِالْإِبْرَاءِ الْمُطْلَقِ، وَلَا يَصِحُّ عِنْدَهُمَا؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَىٰ قِسْمَةِ الدَّيْنِ قَبْلَ الْقَبْضِ.

غاية البيان

أمَّا أوَّلهما: لا يُجْعَلُ قَضاءً؛ لأن القَضاءَ لا يَسْبِقُ الوُجُوبَ، وكذلك لو أبرأَه منه، أو وهبَه [له](١)؛ لأنه أسقَط حقَّه، والإِسْقَاطُ لا يُسَمَّىٰ اسْتِيفَاءً.

قولُه: (وَلَوْ أَبْرَأَهُ عَنِ الْبَعْضِ؛ كَانَتْ قِسْمَةُ الْبَاقِي عَلَىٰ مَا بَقِيَ مِنَ السِّهَامِ)، يعني: لو أبرَأَ أحدُ الشريكَيْنِ المَدْيُونَ عن بعضِ نصيبِه؛ كان باقي الدَّيْنِ علىٰ ما بَقِيَ مِن سهامِهما في الدَّيْنِ، كما إذا أبرَأَ أحدُهما عن نِصْفِ دَيْنِه، والدَّيْنُ عشرون درهمًا؛ يَكُونُ للمُبْرِئِ(٢) المطالبةُ بخمسةِ دراهمَ، وللساكتِ بعشرةِ دراهمَ.

قولُه: (وَلَوْ أَخَّرَ أَحَدُهُمَا عَنْ نَصِيبِهِ؛ صَحَّ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ؛ اعْتِبَارًا بِالْإِبْرَاءِ الْمُطْلَقِ.

وَلَا يَصِحُّ عِنْدَهُمَا؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَىٰ قِسْمَةِ الدَّيْنِ قَبْلَ الْقَبْضِ)، إنما ذَكَره(٣) تفريعًا علىٰ مسألةِ القُدُورِيِّ.

اعلم: أن ذِكْرَ الخلافِ علىٰ هذا الوجهِ فيه نَظَرٌ؛ لأن قولَ محمَّدٍ معَ أبي يوسفَ في سائرِ الكُتُبِ لا معَ أبي حنيفةَ(٤)، ألَا تَرىٰ أن محمدًا قال في بابِ اختلافِ الشِّراءِ والصُّلْحِ مِن كتابِ صُلْحِ «الأصل»: «وإذا كان لرجلَيْنِ علىٰ رَجُلٍ ألفُ درهم مِن ثَمَنِ بَيْعٍ حالَّةٌ، فصالَحَه أحدُهما علىٰ مئةِ درهمٍ، علىٰ أنْ أَخَّر عنه

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».
(٢) في «غ»: «يكون للمُبْرِئ».
(٣) وَقَع بالأصل: «ذكر». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».
(٤) ينظر: «المحيط البرهاني» [١٢٠/٧]، «تبيين الحقائق» [٤٨/٥]، «الجوهرة النيرة» [٣٢٣/١]، «مجمع الأنهر» [٣١٨/٢]، «اللباب» [١٦٩/٢].

....

ما بقي مِن حِصَّتِه [١٣/١٠٠و/د] ، ـ وهو أربعُ مئةِ درهمٍ ـ سَنَةً ، فإن ما قبَض بينَهُما نصفَيْنِ ، وما أَخَّر عنه فإنه لا يَجُوزُ في قولِ أبي حنيفةَ .

وقال أبو حنيفةَ: إذا كان الدَّيْنُ بينَ رجليْنِ ، فأخَّر أحدُهما حِصَّتَه ؛ لَمْ يَجُزْ ذلك ؛ لأنه يَدْخُلُ علىٰ صاحبِه مِن ذلك مُؤْنَةٌ ، فإذا تَوِيَ ما أَخَّر رَجَعَ عليه . وكذلك الشريكان شركةُ عَنانٍ .

فأمَّا المُفَاوَضَةُ: فإن تأخيرَ أحدِهما جائزٌ علىٰ الآخَرِ ؛ لأنه مِن التِّجَارةِ»[١] . إلىٰ هنا لَفْظُ محمَّدٍ في «**الأصل**» .

وقال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ [٢/٤١٧ظ] الأَسْبِيْجَابيُّ في بابِ الصُّلْحِ في الدَّيْنِ إلىٰ أَجَلٍ مِن «**شرح الكافي**» ـ وهو «**المبسوط**» ـ: «وإذا كان لرَجُلَيْنِ علىٰ رَجُلٍ ألفُ درهمٍ مِن ثَمَنِ بَيْعٍ ، فصالَحَه أحدُهما علىٰ مئةِ درهمٍ علىٰ إنْ أَخَّرَ عنه ما بَقِيَ مِن حِصَّتِه سَنةً ؛ لم [٦/٢٠١ظ/م] يَجُزِ التأخيرُ في قولِ أبي حنيفةَ ، وما قبَضَ فهو بينَهما نصْفَيْنِ ، وكذلك إنْ أَخَّرَ أحدُهما مِن غيرِ صُلْحٍ ؛ لم يَجُزْ عندَ أبي حنيفةَ .

وقال أبو يوسفَ ومحمَّدٍ: تأخيرُ أحدِهما جائزٌ في حِصَّتِه» . إلىٰ هنا لَفْظُ «**شرح الكافي**» .

والخلافُ هكذا مشهورٌ في «**المنظومة**» في بابِ أبي حنيفةَ خلافًا لصاحبَيْه:

وَالدَّيْنُ بَيْنَ اثْنَيْنِ هَذَا قَدْ جَعَلْ ❊ نَصِيبَهُ مُؤَجَّلًا شَهْرًا بَطَلْ

وكذا ذكرَ الخلافَ في «**المختلف**»[٢] و«**الحَصْر**»[٣] .

---

(١) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [١١/٧٢/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية] .

(٢) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [٤/١٧٧٥] .

(٣) أي: في كتاب الصلح . كذا جاء في حاشية: «تح» ، و«م» ، و«د» .

....

غاية البيان

وقال في «إشارات الأسرار»: «أحدُ رَبَّي الدَّيْنِ إذا أَجَّل نصيبَه مِن الدَّيْنِ؛ لم يَصِحَّ في قولِ أبي حنيفةَ خلافًا لهما» [١٣/١٠٠ظ/د]. ولكن قال الحاكمُ الشهيدُ في «**مختصر الكافي**» في كتابِ الشَّرِكَةِ ـ قُبَيْلَ بابِ شركةِ المُفَاوضةِ ـ: وإنْ كان لهما ـ أي: لشريكَيِ العِنَانِ ـ على الرَّجُلِ دَيْنٌ، فأخَّر به أحدُهما؛ لم يَجُزْ على صاحبِه، وليس هذا كالمفاوضةِ.

وقال أبو يوسفَ: تأخيرُ أحدِهما حِصَّتَه جائزٌ، فإنْ تَوِيَ ما على ربِّ المالِ؛ فإنه يَرْجِعُ على صاحبِه بنِصْفِ ما أخذَه»[١].

فعلى هذا: يَكُونُ ما ذكرَه صاحبُ «**الهداية**» بناءً على اختلافِ روايتَيِ الكتابيْنِ: «كتابِ الشَّرِكَةِ»، و«كتابِ الصُّلْحِ»، ففي «كتابِ الشَّرِكَةِ»: قولُ محمَّدٍ معَ أبي حنيفةَ، وفي «كتابِ الصُّلْحِ»: معَ أبي يوسفَ.

وجهُ قولِ أبي يوسفَ ومحمَّدٍ ـ على ما ذكَر في «كتابِ الصُّلْحِ» ـ: أن التأخيرَ يُلاقِي نصيبَ نفسِه فيَصِحُّ، أَلَا تَرَى أنه يَمْلِكُ الإبراءَ، فلَأَنْ يَمْلِكَ التأخيرَ أَوْلَى، وكذلك لو أَقَرَّ بتأخيرِ نصيبِ نفسِه يَصِحَّ، فلولا أنه مالكٌ إنشاءَه لِمَا صحَّ إخبارُه بذلك.

وأبو حنيفةَ يَقُولُ: إن هذا في قِسْمَةِ الدَّيْنِ قبلَ القَبْضِ، وهو باطلٌ، كما إذا كان لهما ألفُ درهمٍ سُودٌ، وألفُ درهمٍ بِيضٌ على رَجُلٍ، فاصطلَحا على أن يَكُونَ البِيضُ لأحدِهما، والسُّودُ للآخرِ؛ كان باطلًا، ولا شكَّ أن فيه[٢] معنى القِسْمَةِ؛ لتمييزِ نصيبِ أحدِهما عن نصيبِ الآخَرِ، ونعْنِي مِن القِسْمَةِ هذا.

---

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٦٣].

(٢) وَقَع بالأصل: «في». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

....

غاية البيان

ودليلُ فَسادِ [١٣/١٠١و/د] **قِسْمتِه ظاهرٌ بوجهَيْنِ:**

أحدُهما: أن في القِسْمَةِ معنى التَّمْليكِ، فيَكُونُ فيه تمليكُ الدَّيْنِ من غيرِ من عليه الدَّيْنُ.

والثاني: أن القِسْمَةَ إنما تَسْتَقِيمُ في محلٍّ مُنْتَفعٍ؛ لأنها لتكميلِ[1] المَنْفَعَةِ، والدَّيْنُ ليس بمُنْتَفعٍ قبلَ القَبْضِ، فلا تَلِيقُ به القِسْمَةُ.

ووجهٌ آخَرُ: أن في تأخيرِ نصيبِه ضررًا بصاحبِه، فإنه متى صحَّ التأخيرُ؛ يَسْتَوْفِي الآخرُ نصيبَه، ثم لهذا الذي أَخَّرَ أنْ يُشَارِكَهُ فيما اسْتَوْفَى؛ لأن الشَّرِكَةَ في أصلِ الدَّيْنِ لم تَبْطُلْ بالتأجيلِ.

ثم إذا شارَكه يَبْقَى الباقي [٦/٢٠٢و/م] مُشترَكًا بينَهُما، ثم الآخَرُ يَسْتَوْفِي نصيبَه، ثم المُؤَخِّرُ يُشَارِكُه فيما اسْتَوْفَى، ويَبْقَى البَاقِي مُشْتركًا ثَمَّ وثَمَّ، إلى أن يَصِيرَ الحقُّ كلُّه مُسْتَوْفًى بِاسْتِيفَاءِ أحدِهما، فيُؤَدِّي إلى إيقاعِ عُهدةِ الِاسْتِيفَاءِ على صاحبِه فيما هو مُشْتركٌ بينَه وبينَ صاحبِه، وفيه ضرْبُ ضرَرٍ، فوَجَبَ القولُ بتوقُّفِ تصَرُّفِه على رضا صاحبِه؛ دفْعًا للضَّرَرِ عنه.

وهذه النُّكْتةُ تُشيرُ إلى أنه يَصِحُّ تأخيرُه لو رَضِيَ صاحبُه به، والنُّكْتةُ الأُخرَى تُشِيرُ إلى أنه لا يَصِحُّ أصلًا، ولا يَلْزَمُ إذا أبرَأ عن نصيبِه، فإن الإبراءَ أثَرُه في إبطالِ نصيبِه، فلا يَتَحَقَّقُ فيه معنى القِسْمَةِ؛ لأن القِسْمَةَ [١٣/١٠١ظ/د] تَعْتَمِدُ قيامَ الحَقَّيْنِ بوصفِ التغايُرِ.

ولا يَلْزَمُ إذا أَقَرَّ بتأخيرِ نصيبِه، فإنه إنما يَصِحُّ إذا أَقَرَّ بتأخيرِ كلِّه، إلا أنه يَنْفُذُ إقرارُه في نصيبِ نفسِه، وكان في زَعْمِه: أن الكُلَّ مُؤَجَّلٌ، وفي زَعْمِ الآخَرِ: أن

---

(١) في «تح»: «لتكميل».

وَلَوْ غَصَبَ أَحَدُهُمَا عَيْنًا مِنْهُ، أَوِ اشْتَرَاهُ شِرَاءً فَاسِدًا، وَهَلَكَ فِي يَدِهِ؛ فَهُوَ قَبْضٌ، وَالِاسْتِئْجَارُ بِنَصِيبِهِ قَبْضٌ، وَكَذَا الْإِحْرَاقُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ، خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ

غاية البيان

الكُلَّ حالٌّ، أمَّا لو أقَرَّ بتأخيرِ نصيبِ نفسِه [٤١٨/٢و]، فحينَئِذٍ لا يَصِحُّ عندَ أبي حنيفةَ؛ لأنه أقَرَّ بأمْرٍ لا يَمْلِكُ إنشاءَه. كذا ذكَر في «**شرح الكافي**».

قولُه: (وَلَوْ غَصَبَ أَحَدُهُمَا عَيْنًا مِنْهُ، أَوِ اشْتَرَاهُ شِرَاءً فَاسِدًا، وَهَلَكَ فِي يَدِهِ؛ فَهُوَ قَبْضٌ، وَالِاسْتِئْجَارُ بِنَصِيبِهِ قَبْضٌ، وَكَذَا الْإِحْرَاقُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ، خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ)، وهذا الخلافُ جارٍ في الجميعِ، أعني: في الغَصْبِ، والشِّرَاءِ الفَاسدِ، والاِسْتِئْجَارِ، والإحراقِ، حتى إن عندَ محمدٍ: لَمَّا كان قبضًا؛ كان لشريكِه أنْ يَرْجِعَ عليه بحِصَّتِه.

وعندَ أبي يوسفَ: لَمَّا لم يَكُنْ قبْضًا؛ لم يَكُنْ لشريكِه أنْ يَرْجِعَ عليه[1].

أمَّا بيانُ الغَصْبِ: فما ذكَر شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ في بابِ الصُّلْحِ في الدَّيْنِ إلى أَجَلٍ مِن «**شرح الكافي**»: «وفي إفسادِ المتاعِ: إنْ غصَبه ثم أتلَفه؛ شارَكه صاحبُه؛ لأنه وَصَلَ إليه عينُ مالٍ مُتَقَوِّمٍ، وهو المَغْصُوبُ؛ لأنه يَمْلِكُه مِن وَقْتِ الغَصْبِ عندَ أداءِ الضَّمانِ.

وإنْ رمَى بشيءٍ فأصابه فأفسَده، أوْ أحرَقه [١٠٢/١٣و/د]، ابتداءً عندَ أبي يوسفَ: لا يُشَارِكُهُ؛ لأنه ضَمانُ جنايةٍ، فلا يُفيدُ مِلْكًا في المَضْمُونِ؛ لأنه عندَ تحقُّقِه لا يَبْقَى المَضْمُونُ قابلًا للمِلْكِ.

وعندَ محمَّدٍ: يُشَارِكُهُ؛ لأنه قبلَ الجنايةِ صار مُسْتوليًا على المحلِّ، فصار به غاصبًا، فانعقَد فِعْلُه سببًا للضَّمانِ مِن ذلك الوقتِ، وهو قابلٌ للمِلْكِ في ذلك

(١) ينظر: «العناية شرح الهداية» [٤٣٦/٨]، «تبيين الحقائق» [٤٧/٥]، «البناية شرح الهداية» [٣٦/١٠]، «قره عين الأخيار لتكملة رد المحتار» [٣٩٠/٨].

وَالتَّزَوُّجُ بِهِ إِتْلَافٌ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، ....

غاية البيان

الوقتِ، فأمْكَنَ تحقيقُ الاِسْتِيفَاءِ فيه.

فلَمَّا عرفْتَ الجوابَ في الغَصْبِ على الخلافِ؛ عرفْتَ ذلك كذلك في الشِّراءِ [٦/٢٠٢ظ/م] الفَاسدِ؛ لأن المبيعَ مَضْمُونٌ بالقِيمةِ إذا اتَّصلَ بِالقَبْضِ على ما روَى ابنُ سماعةَ عن محمدٍ، وهو قولُ أبي سعيدٍ البَرْذَعِيِّ مِن مشايخنا، وإليه ذهبَ شمسُ الأئمَّةِ السَّرَخْسِيُّ، وقد مَرَّ ذلك في بابِ البَيْعِ الفاسدِ.

وأمَّا بيانُ الاِسْتِئْجَارِ: فما ذكَره شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ في آخرِ البابِ المذكورِ قال: «وكذلك لوِ استأجَر منه أحدُهما دارًا بحِصَّتِه سنَةً وسَكَنَها؛ فهو بمنزلةِ القَبْضِ، وكذلك خدمةُ العبدِ، وزراعةُ الأرضِ، وكذلك لوِ استأجَره بأجْرٍ مُطْلَقٍ، ثم قاصَّه، أو لم يُقاصَّه حتى مضَتِ المُدَّةُ».

ثم قال شيخُ الإسلامِ: «وقد رُوِيَ عن أبي يوسفَ: أنه لا يَغْرَمُ لشريكِه شيئًا؛ لأنه لَمْ يُوجَدْ فيه علَامةُ الاِسْتِيفَاءِ، وهو [١٣/١٠٢ظ/د] وصولُ عينِ مالٍ مُتَقَوِّمٍ، **فإن** المنافعَ ليست بعينٍ، ولا بمُتقوِّمةٍ، [و][1] في **ظاهرِ الروايةِ:** جعَله مُسْتوفيًا؛ **لأن** المنافعَ لها حُكْمُ المَالِيَّةِ عندَ ورُودِ العَقْدِ عليها، فصار بمنزلةِ المالِ المُطْلَقِ، وقد وصَلَ إليه، فيَتَحَقَّقُ الاِسْتِيفَاءُ».

وأمَّا الإحراقُ: فقد مَرَّ، وهو مشهورٌ في «**المنظومة**» و«**المختلف**».

قولُه: (وَالتَّزَوُّجُ بِهِ إِتْلَافٌ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ)، **يَعْنِي:** إذا تزوَّج أحدُ رَبَّي الدَّيْنِ امرأةً بنصيبِه مِن دَيْنٍ لهما عليها[2]؛ لا يَكُونُ ذلك قبْضًا للدَّيْنِ، بل يَكُونُ إتلافًا، حتَّى لا يَكُونَ لشريكِه أنْ يَرْجِعَ عليه بنصيبِه.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

(٢) في «غ»، و«م»: «لهما عليه».

....

قال في قِسمِ المبسوطِ مِن «الشامل»: «أحدُ الشريكَيْنِ في دَيْنٍ علىٰ امرأةٍ تزَوَّجَها علىٰ حِصَّته منه؛ جاز، ولا يَرْجِعُ عليه صاحبُه، ولو تزَوَّجَها علىٰ خمس مئةٍ؛ يَرْجِعُ شريكُه بنصفِه؛ لأن في الصورةِ الأُولىٰ ملَكَ البُضْعَ بنصيبِه، ولا مشاركةَ في البُضْعِ، فأمَّا في الصورةِ الثانيةِ: وجَبَ لها في ذِمَّتِه خمسُ مئةٍ، ثم صار قصاصًا، والِاسْتِيفَاءُ بِالْمُقَاصَّةِ كالاستيفاءِ باليدِ».

وإنما قَيَّدَ بـ: (ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ) ـ وهو المذكورُ في «الأصل» ـ لا غيرَ احترازًا عما رُوِيَ في «شرح الكافي»: عن أبي يوسفَ أنه قال بالشركةِ في الفصلِ الأوَّلِ أيضًا [١٣/١٠٣و/د]؛ لأنه وإنْ أضاف النِّكَاحَ إلىٰ ما عليه مِن الدَّيْنِ؛ لا تتَقَيَّدُ الإضافةُ به؛ لأن الدراهمَ والدنانيرَ لا تتعيَّنانِ في عُقُودِ المُعَاوضاتِ، فصار التقييدُ والإرسالُ فيه سواءً.

لكنَّا [٢/٤١٨ظ] نقولُ: إنْ كان الدراهمُ لا تتَعَيَّنُ [في حقِّ الِاسْتِحْقَاقِ، تتَعَيَّنُ][1] في حقِّ التقديرِ بها، فصار المهرُ مِثْلَ ما في ذِمَّتِها علىٰ وَجْهٍ لا يُسْتَوْفَىٰ؛ لأن اسْتِيفَاءَ الدَّيْنِ وَقَع بالبُضْعِ، وهو لا يَحْتَمِلُ [٦/٢٠٣و/م] الشَّرِكةَ.

قال محمدٌ في «الأصل»: «لو كان لامرأتيْنِ علىٰ زوْجٍ إحداهما ألفُ درهمٍ، فاختلعَتِ امرأتُه بحِصَّتِها منه؛ فإن شريكتَها لا ترْجِعُ عليها بشيءٍ؛ لأنها لم تَقْبِضْ شيئًا»[2]. إلىٰ هنا لَفْظُ «الأصل».

قال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ في «شرح الكافي»: «وفي الخُلْعِ لم يَذْكُرْ أنه إذا أطلقَ البدلَ، هل تُشارِكُها؟ بعضُهم قالوا: تُشَارِكُها؛ لأنه وجَب عليه دَيْنُ مِثْلِه، ثم وقعَتِ المُقَاصَّةُ، وفيه معنىٰ الِاسْتِيفَاءِ بالدراهمِ، كما ذَكَرْنا في النِّكَاحِ.

والصحيحُ: أنه لا تُشَارِكُها؛ لأنه إنما يُحْكَمُ بالاستيفاءِ عندَ وقوعِ المُقَاصَّةِ

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

(٢) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [١١/٧٦/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

وَكَذَا الصُّلْحُ عَلَيْهِ عَنْ جِنَايَةِ الْعَمْدِ.

قَالَ: وَإِذَا كَانَ السَّلَمُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ، فَصَالَحَهُ أَحَدُهُمَا مِنْ نَصِيبِهِ عَلَىٰ رَأْسِ الْمَالِ؛ لَمْ يَجُزْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَجُوزُ الصُّلْحُ؛ اعْتِبَارًا بِسَائِرِ الدُّيُونِ، وَبِمَا إِذَا اشْتَرَيَا عَبْدًا فَأَقَالَ أَحَدُهُمَا فِي نَصِيبِهِ.

غاية البيان

عندَ وجودِ علامةِ الاِسْتِيفَاءِ، وعلامتُه أن يَصِلَ إليه عينٌ مُنْتَفعٌ؛ لأن الاِسْتِيفَاءَ يَكُونُ بالأعيانِ، وفي الخُلْعِ لم يَصِلْ إليه عينٌ، ولهذا لو جنَىٰ عليه جنايةً؛ يَلْزَمُهُ أَرْشٌ مِثْلُ نصيبِه، لا يُشَارِكُهُ صاحبُه، وإنْ وُجِدَ صورةُ المُقَاصَّةِ، كذا ههنا.

قولُه [١٣/١٠٣ظ/د]: **(وَكَذَا الصُّلْحُ عَلَيْهِ عَنْ جِنَايَةِ الْعَمْدِ)**، وذكَر هذا أيضًا بسبيلِ التفريعِ، وهو مذكورٌ في «**الأصل**»، **يعني**: إذا جنَىٰ أحدُ رَبَّي الدَّيْنِ علىٰ المَدْيُونِ جنايةَ عمْدٍ فيما دونَ النفسِ؛ يَكُونُ أَرْشُها مِثْلَ دَيْنِ الجاني، فصالَحَه الجاني علىٰ نصيبِه مِن الدَّيْنِ، لا يَكُونُ ذلك بمنزلةِ القَبْضِ، حتَّىٰ لا يَكُونَ لشريكِه عليه شيءٌ؛ لِمَا بَيَّنَّا آنفًا، وكذلك إذا صالَحَه مِن جنايةِ عمْدٍ فيها قِصاصٌ.

قوله: (وَإِذَا كَانَ السَّلَمُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ، فَصَالَحَه أَحَدُهُمَا مِنْ نَصِيبِهِ عَلَىٰ رَأْسِ الْمَالِ؛ لَمْ يَجُزْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَجُوزُ الصُّلْحُ)، وهذه مِن مسائلِ «**مختصر القُدُورِيِّ**»[(١)]، وقد ذكَر الخلافَ هكذا في «**الأصل**»، وفي «**شرح الطَّحَاوِيِّ**» للأَسْبِيْجَابيِّ[(٢)]، و«**المختلف**»[(٣)]، و«**الحَصْر**»، و«**المنظومة**»، وكتابِ «**التقريب**» للقُدُورِيِّ، وغيرِ ذلك[(٤)].

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٢٢].
(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيُّ [ق/٢٥٢].
(٣) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [١٧٧٥/٤].
(٤) وقول أبي حنيفة هو أصح الأقاويل عند المحبوبي، وهو **المختار** للفتوىٰ علىٰ ما هو رسم المفتىٰ عند القاضي وصاحب «المحيط»، وهو المعول عليه عند النسفي. ينظر: «المحيط البرهاني»=

....

وقال في «شرح الأقطع»: «لَمْ يَجُزْ عندَ أبي حَنِيفَةَ، وقال أبو يوسفَ ومحمَّدٌ: يَجُوزُ الصُّلْحُ». وجعلَ قولَ محمَّدٍ معَ أبي يوسفَ، فمعناه: أن أحدَ شريكَي السَّلَم إذا صالَحَ مِن نصيبِه مِن الْمُسْلَمِ فيه علىٰ نصيبِه مِن رأسِ المالِ، بأنْ أراد أنْ يَأْخُذَ رأسَ المالِ ويَفْسَخُ عَقْدَ الشَّرِكَةِ؛ جاز عندَ أبي يوسفَ خلافًا لهما[1].

قال القُدُورِيُّ في كتابِ «التقريب»: «قال أبو حنيفةَ ومحمَّدٌ: إذا أسلَما في طعامٍ، ثم صالحَ أحدُهما علىٰ [١٣/١٠٤و/د] حِصَّتِه مِن رأسِ المالِ؛ لَمْ يَجُزْ إلا أنْ يُجِيزَه شريكُه.

وقال أبو يوسفَ: يَجُوزُ ذلك في حِصَّتِه، وشريكُه بِالخِيارِ: إنْ شاء شارَكه فيما قبَضَ، واتَّبَعا المطلوبَ ببقيَّةِ الطعامِ فكان بينَهما، فإنْ شاء اتَّبعَ المطلوبَ، وسَلَّمَ [٦/٢٠٣ظ/م] للقابضِ ما قبَضَ». ذكَره هكذا في «كتابِ البيوعِ».

وجهُ قولِ أبي يوسفَ: أنه دَيْنٌ مُشتركٌ، فجاز صُلْحُ أحدِ الشريكَيْنِ عن نصيبِه منه كسائرِ الدُّيُونِ، ولأن صحَّةَ الفَسْخِ باعتبارِ الْمُسْلَمِ فيه، ومِلْكُ كلِّ واحدٍ منهما ممتازٌ عن الآخَرِ، فجاز تفرُّدُه بِالْفَسْخِ، كما لوِ اشتَريا عينًا، ثم أقاله[2] أحدُهما.

ولهما: أنه لو جاز صُلْحُ أحدِهما؛ لا يَخْلُو: إمَّا أن يَجُوزَ في نصيبِه خاصَّةً، أوْ في نِصْفٍ مِن نصيبِهما جميعًا، فإنْ جاز في نصيبِه خاصَّةً؛ يَلْزَمُ قِسْمَةُ الدَّيْنِ قبلَ القَبْضِ وذلك فَاسدٌ؛ لِمَا بَيَّنَّا قبلَ هذا عند قولِه: (**وَلَوْ أَخَّرَ أَحَدُهُمَا عَنْ نَصِيبِهِ؛ صَحَّ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ**)، وعندَ قولِه: (**وَإِذَا كَانَ الدَّيْنُ** [٢/٤١٩و] **بَيْنَ شَرِيكَيْنِ، فَصَالَحَ أَحَدُهُمَا مِنْ نَصِيبِهِ عَلَىٰ ثَوْبٍ**).

= [١٢٠/٧]، «تبيين الحقائق» [٤٨/٥]، «مجمع الأنهر» [٣١٨/٢]، «التصحيح» [ص/٢٧٤]، «الجوهرة النيرة» [٣٢٣/١]، «اللباب» [١٦٩/٢].

(١) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٣٨٦].

(٢) وقع بالأصل: «أقال». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

. . . .

وإنْ جاز في نِصْفٍ مِن النصيبَيْنِ جميعًا؛ يَكُونُ ذلك فَسْخًا في حقِّ شريكِه، وهو لا يَمْلِكُ ذلك، فلا بُدَّ مِن رضا الآخَرِ، ولأنَّ الفَسْخَ في بابِ السَّلَمِ بولايةِ العَقْدِ، فإن الْمُسْلَمَ فيه حادثٌ بِالعَقْدِ ليس بمحسوسٍ؛ لأنه ثابتٌ في الذِّمَّةِ، فصار العَقْدِ أصلًا فيه، واستندَتْ ولايةُ الفَسْخِ [١٣/١٠٤ظ/د] إلى العَقْدِ، والعَقْدُ قائمٌ بهما جميعًا، فلا يَنْفَرِدُ أحدُهما بِالْفَسْخِ.

بخلافِ إقالةِ(١) أحدِهما في بَيْعِ العينِ؛ لأن مِلْكَ المَبيعِ هو الأصلُ، وهو ثابتٌ حِسًّا ومُشاهَدةً، فكانت ولايةُ الفَسْخِ بناءً على المِلْكِ، فتفرَّد أحدُهما بِالْفَسْخِ؛ لأنه تصَرَّفَ في مِلْكِ نفسِه، ولأن أحدَهما في إقالةِ بَيْعِ العينِ تصَرَّف في الحُكْمِ في حالةِ البقاءِ، فلَمْ يَكُنْ ذلك متعدِّيًا إلى العَقْدِ؛ لأن الحُكْمَ في حالةِ البقاءِ يَسْتغنِي عن العَقْدِ السابقِ.

فإذا كان كذلك: لَمْ يَكُنْ تصَرُّفُ أحدِهما تصرُّفًا فيما قام بهما جميعًا، ولا يَلْزَمُ إذا صالَحَ أحدُ الشريكَيْنِ عن نصيبِه مِن الدَّيْنِ المشترَكِ؛ لأن حقَّ الشَّرِيكِ لا يَنْقَطِعُ عن الدَّيْنِ المَقْبُوضِ، فلا يُؤدِّي إلى قِسْمَةِ الدَّيْنِ، وفيما نحنُ فيه ليس كذلك؛ لأنه لا يَخْلُو: إمَّا أنْ يَنْقَطِعَ حقُّ الشَّرِيكِ أوْ لَا، فإنِ انقطَع يَلْزَمُ قِسْمَةُ الدَّيْنِ قبلَ القَبْضِ، وذلك لا يَجُوزُ.

وإنْ لم يَنْقَطِعْ يَكُونُ ذلك فسْخًا على النصيبَيْنِ فلا يَصِحُّ، ولا يَلْزَمُ إذا رَضِيَ الشَّرِيكُ الآخَرُ؛ لأنه إذا رَضِيَ صار كأنهما فسَخَا جميعًا، فجاز، ثم إذا صحَّ الصُّلْحُ مِن أحدِهما على رأسِ المالِ في قولِ أبي يوسُفَ؛ قيل: لا يَشْرَكُه الآخَرُ؛ لامتيازِ حقِّهما، ولو لم يَأْخُذْ رأسَ المالِ وقبَضَ شيئًا مِن السَّلَمِ؛ يَشْرَكُهُ صاحبُه؛

وَلَهُمَا: أَنَّهُ لَوْ جَازَ فِي نَصِيبِهِ خَاصَّةً يَكُونُ قِسْمَةُ الدَّيْنِ فِي الذِّمَّةِ، وَلَوْ

(١) وَقَع بالأصل: «الإقالة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

جَازَ فِي نَصِيبِهِمَا لَا بُدَّ مِنْ إِجَازَةِ الْآخَرِ **بِخِلَافِ شِرَاءِ الْعَيْنِ**، **وَهَذَا لِأَنَّ الْمُسْلَمَ فِيهِ صَارَ وَاجِبًا بِالْعَقْدِ** وَالْعَقْدُ قَامَ بِهِمَا فَلَا يَتَفَرَّدُ أَحَدُهُمَا بِرَفْعِهِ.

وَلِأَنَّهُ لَوْ جَازَ لَشَارَكَهُ فِي الْمَقْبُوضِ، فَإِذَا شَارَكَهُ فِيهِ رَجَعَ الْمُصَالِحُ عَلَىٰ مَنْ عَلَيْهِ بِذَلِكَ، فَيُؤَدِّي إِلَىٰ عَوْدِ السَّلَمِ بَعْدَ سُقُوطِهِ.

قَالُوا: هَذَا إِذَا خَلَطَا رَأْسَ الْمَالِ، ....

غاية البيان

لأنه دَيْنٌ مُشْتَرَكٌ بينَهما.

قولُه: (بِخِلَافِ شِرَاءِ الْعَيْنِ)، جوابٌ عن قولِه: (**وَبِمَا إِذَا اشْتَرَيَا عَبْدًا، فَأَقَالَه أَحَدُهُمَا فِي نَصِيبِهِ**)، وقد مَرَّ بيانُه آنفًا.

قولُه: (وَهَذَا [١٣/١٠٥و/د] **لِأَنَّ الْمُسْلَمَ فِيهِ صَارَ وَاجِبًا بِالْعَقْدِ)**، **أي**: حادثًا بالعَقْدِ ثابتًا [٦/٢٠٤و/م] به، إشَارةٌ إلىٰ وَجْهِ الفرقِ بينَ [صُلْحِ](١) أحدِ شَرِيكَيِ السَّلَمِ، وإقالةِ أحدِ مُشْتَرِيَيِ العينِ، حيثُ لا يَصِحُّ الأوَّلُ عندَهما خلافًا لأبي يوسفَ، ويَصِحُّ الثاني بالاتِّفاقِ، والبيانُ مَرَّ آنفًا.

قولُه: (وَلِأَنَّهُ لَوْ جَازَ لَشَارَكَهُ فِي الْمَقْبُوضِ)، **يعني**: لو جاز صُلْحُ أحدِهما علىٰ رأسِ المالِ كما قال أبو يوسفَ؛ لشارَكه الشَّرِيكُ الآخرُ في المَقْبُوضِ من رأسِ المالِ، فإذا شارَكه وأخَذ منه حِصَّتَهُ؛ رَجَعَ الشَّرِيكُ المُصَالِحُ بذلك القَدْرِ مِن الْمُسْلَمِ فيه علىٰ الْمُسْلَمِ إليه؛ لأنه لم يُسْلِمْ له ذلك القَدْرَ بِالصُّلْحِ الواقع بينَ المُصَالِحِ والمسْلَمِ إليه، وقد كان ذلك القَدْرُ ساقطًا بِالصُّلْحِ ثم عاد، فيَلْزَمُ عَوْدُ السَّلَمِ بعدَ سقوطِه، وذلك باطلٌ؛ لأنه يَلْزَمُ مِن نَفْيِه ثبوتُه.

قولُه: (قَالُوا: هَذَا إِذَا خَلَطَا رَأْسَ الْمَالِ)، **أي**: قال المتأخِّرون مِن مشايخِنَا، هذا الخلافُ فيما إذا خلَطا رأسَ المالِ، وكان رأسُ المالِ مشترَكًا بينَهُما.

---

(١) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

فَإِنْ لَمْ يَكُونَا قَدْ خَلَطَاهُ **فَعَلَىٰ الْوَجْهِ الْأَوَّلِ** هُوَ عَلَىٰ الْخِلَافِ، **وَعَلَىٰ الْوَجْهِ الثَّانِي** هُوَ عَلَىٰ الِاتِّفَاقِ، وَاللهُ أَعْلَمُ. [٩٤/و]

غاية البيان

ولنا: في قِيلِهم **نَظَرٌ**؛ لأن محمدًا ذكرَ المسألةَ في بابِ الصُّلْحِ في السَّلَمِ بينَ الرجليْنِ علىٰ الخلافِ المذكورِ، ولم يَتَعرَّضْ للخَلْطِ وعدمِه، بل أطلقَ الجوابَ.

والحاكمُ الشهيدُ وضَعَ المسألةَ في «**مختصر الكافي**» في «كتابِ الصُّلْحِ» فيما إذا لم يخْلِطا، وصَرَّحَ بذلك، ووَضَعها في «كتابِ البيوعِ» فيما إذا نقَدا رأسَ مالٍ مُشْتركٍ بينَهما، وذكرَ خلافَ [١٠٥/١٣ظ/د] أبي يوسفَ في الموضعَيْنِ كما بَيَّنَّا.

قولُه: (**فَعَلَىٰ الْوَجْهِ الْأَوَّلِ**)، أراد به: النُّكْتَةَ الأُولَىٰ، وهي لزومُ قِسْمَةِ الدَّيْنِ في الذِّمَّةِ.

قولُه: (**وَعَلَىٰ الْوَجْهِ الثَّانِي**)، **أراد به:** النُّكْتَةَ الثانيةَ، وهي قولُه: (**وَلِأَنَّهُ لَوْ جَازَ لَشَارَكَهُ**) إلىٰ آخرِه[١] علىٰ الاتِّفاقِ، أي: صحَّ صُلْحُ أحدِهما علىٰ الاتِّفاقِ علىٰ رأسِ مالِه؛ لأن رأسَ [٤١٩/٢ظ] المالِ إذا لَمْ يَكُنْ مخلوطًا وقبَضَه صاحبُه؛ لم يَكُنْ لشريكِه أنْ يُشَارِكَهُ فيه؛ لأنه لا حقَّ له فيه؛ لأنه مالُ الغيرِ.

ونخْتِمُ الفصلَ بمسألةٍ ذكَرَها في «**الواقعاتِ الحُسَامِيَّة**» في بابِ الصُّلْحِ بعلَامةِ النونِ[٢]: «رجلانِ لهما دَيْنٌ علىٰ رَجُلٍ، فأراد أحدُهما أنْ يَأْخُذَ نصيبَه علىٰ وَجْهٍ لا يَكُونُ لشريكِه فيها نصيبٌ؛ فالحِيلةُ في ذلك: أنْ يَبِيعَ مِن المطلوبِ كَفًّا مِن زَبيبٍ بمئةِ درهمٍ، ويُسَلِّمُ إليه، ثم يُبْرِئُهُ عن نِصْفِ دَيْنِه، ويُطالِبُه بثَمَنِ الزَّبيبِ، فحينَئِذٍ لا يَكُونُ لشريكِه فيها نصيبٌ».

---

(١) وقع بالأصل: «إلىٰ آخره». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

(٢) يعْنِي بـ: «علَامة النون»: ما رمَزَ به الصدرُ الشهيد في كتابه «الواقعات/ الفتاوىٰ الكبرىٰ» إلىٰ كتاب: «النوازل»، لأبي الليث السمرقندي. هكذا نصَّ عليه الصدرُ الشهيد في ديباجة كتابه. ينظر: «الفتاوىٰ الكبرىٰ= الواقعات» للصدر الشهيد [ق ٣/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٠٨٦)]، و«كشف الظنون» لحاجي خليفة [١٢٢٨/٢].

فَصْلٌ
فِي التَّخَارُجِ

قَالَ: وَإِذَا كَانَ التَّرِكَةُ بَيْنَ وَرَثَةٍ، فَأَخْرَجُوا أَحَدَهُمْ مِنْهَا بِمَالٍ أَعْطَوْهُ إِيَّاهُ، وَالتَّرِكَةُ عَقَارٌ، أَوْ عُرُوضٌ جَازَ، قَلِيلًا كَانَ مَا أَعْطَوْهُ إِيَّاهُ أَوْ كَثِيرًا؛ لِأَنَّهُ أَمْكَنَ تَصْحِيحُهُ بَيْعًا، وَفِيهِ أَثَرُ عُثْمَانَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، فَإِنَّهُ صَالَحَ تَمَاضُرَ الْأَشْجَعِيَّةَ امْرَأَةَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ عَنْ رُبْعِ ثَمَنِهَا عَلَى ثَمَانِينَ أَلْفِ دِينَارٍ.

غاية البيان

فَصْلٌ
فِي التَّخَارُجِ

معنى **التَّخَارُجِ**: أنْ يُصالِحَ بعضُ الورثةِ مِن نصيبِه على شيءٍ، فيَخْرُجُ مِن البَيْنِ، وإنما أخَّر هذا الفصلَ لقلَّةِ وقوعِه؛ لأن كُلَّ واحدٍ لا يَرْضَى بأنْ يخْرُجَ منَ البَيْنِ بشيءٍ يَأْخُذُه؛ لأن الظاهرَ [٦/٢٠٤ظ/م] أن الذي يَأْخُذُهُ دونَ نصيبِه.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا كَانَ التَّرِكَةُ بَيْنَ وَرَثَةٍ، فَأَخْرَجُوا أَحَدَهُمْ مِنْهَا بِمَالٍ أَعْطَوْهُ إِيَّاهُ، وَالتَّرِكَةُ عَقَارٌ، أَوْ عُرُوضٌ؛ جَازَ، قَلِيلًا كَانَ مَا أَعْطَوْهُ إِيَّاهُ أَوْ كَثِيرًا) [١٣/١٠٦و/د]، أي: قال القُدُورِيُّ في «**مختصره**»[١]، وهذا إذا كان الصُّلْحُ عن عَقَارٍ أوْ عُرُوضٍ؛ فالصُّلْح إِذَنْ بمنزلةِ البَيْعِ، فيَجُوزُ بقليلِ العِوَضِ وكثيرِه، وإليه أشار في «**شرح الأقطع**»[٢]، وهذا لأن التركةَ إذا كانت ذهبًا أوْ فضةً يجِيءُ حُكْمُها بعْدَ هذا.

والأصلُ في جوازِ التَّخَارُجِ: ما رَوَى محمدُ بنُ الحسنِ في «**الأصل**» في أوَّلِ كتابِ الصُّلْحِ: «عن أبي يوسفَ عمَّنْ حدَّثه عن عَمْرِو بنِ دِينَارٍ: أَنَّ إِحْدَى نِسَاءِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ صَالَحُوهَا عَلَى ثَلَاثَةٍ وَثَمَانِينَ أَلْفًا، عَلَى أَنْ أَخْرَجُوهَا

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٢٣].

(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٣٨٦].

. . . .

مِنَ الْمِيرَاثِ»[١].

وقال محمدٌ أيضًا[٢]: «حَدَّثَنَا أبو يوسفَ عمَّنْ حدَّثه عن عَمْرِو بنِ دِينَارٍ[٣] عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ: أَنَّهُ قَالَ بِتَخَارُجِ[٤] أَهْلِ الْمِيرَاثِ»[٥].

وكذلك رَوَىٰ الحاكمُ الشهيدُ في «**الكافي**»: «عن عَمْرِو بنِ دِينَارٍ: أَنَّ إِحْدَىٰ نِسَاءِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ صَالَحُوها[٦] عَلَىٰ ثَلَاثَةٍ وَثَمَانِينَ أَلْفًا، عَلَىٰ أَنْ أَخْرَجُوهَا مِنَ الْمِيرَاثِ»[٧].

وقد أَثْبَتَ شمسُ الأئمَّةِ السَّرَخْسِيُّ وعلاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ في «**شرح الكافي**»: لَفْظَ «**الكافي**» كما فيه مِن غيرِ تغييرٍ، إلا أن شمسَ الأئمَّةِ السَّرَخْسِيُّ قال: «هي تُماضِرُ، كان طَلَّقَها في مرضِه، فاختلَف الصحابةُ في ميراثِها منه، ثم صالَحوها علىٰ الشطرِ، وكانت له أربعُ نسوةٍ، فحَظُّها ربعُ الثُّمُنِ: جزءٌ مِن اثنينِ وثلاثينَ جزءًا مِن التَّرِكَةِ، فصالَحوها علىٰ نِصْفِ ذلك، وهو جزءٌ مِن أربعةٍ وستِّين جزءًا[٨]، وأخذَتْ بهذا الحِسَابِ ثلاثةً وثمانين ألفًا»[٩].

---

(١) أخرجه: محمد بن الحسن في «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [١٠/٥٨٢/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية]. عن أبي يوسف به.

(٢) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [١٠/٥٨٢/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٣) عند محمد: «عن عَمْرو بن دينار عن عطاء عن ابن عَبَّاس».

(٤) عند محمد: «يَتَخَارَج».

(٥) أخرجه: عبد الله بن الإمام أحمد في: «المسائل عن أبيه» [ص/٣٠٢]. من طريق ابْن جريج عَن عَطاء عَن ابْن عَبَّاس رضي الله عنهما به.

(٦) وقع بالأصل: «صَالَحُوه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

(٧) مضىٰ تخريجه.

(٨) أي: بحساب رُبع الثُّمُن. كذا في حاشيىٰ «د».

(٩) ينظر: «المبسوط» للسرخسِيّ [٢٠/١٣٦].

. . . .

وقد ذكَر محمدٌ الألفَ مطلقًا، ولَمْ يُفَسِّرْ أنها دراهمُ، أوْ دنانيرُ، وذكَر ثلاثةً قبْلَ الثمانين، ولَمْ يذْكُرِ اسمَ المصالَحةِ، ولَمْ يَذْكُرْ أن عبدَ الرحمنِ عن كَمْ نسوةٍ مات؟ وصاحبُ «**الهداية**» لم يَذْكُرِ الثلاثةَ قبلَ الثمانين، وفَسَّرَ الثمانينَ: بالدينارِ.

وقال محمَّدُ بنُ سعدٍ في كتابِ «الطبقات الكبير»: «أَخْبَرَنَا عَارِمُ[1] بْنُ الْفَضْلِ قَالَ: حَدَّثَنَا حَمَّادُ بْنُ زَيْدٍ، عَنْ أَيُّوبَ، عَنْ مُحَمَّدٍ: أَنَّ عَبْدَ الرَّحْمَنِ[2] بنَ عَوْفٍ تُوُفِّيَ وَتَرَكَ أَرْبَعَ نِسْوَةٍ، فَأُخْرِجَتِ امْرَأَةٌ مِن ثُمُنِهَا بِثَمَانِينَ أَلْفًا»[3].

ثم قال محمدُ بنُ سعدٍ: «أَخْبَرَنَا مُحَمَّدُ بْنُ عُمَرَ[4]، قال: حَدَّثَنَا أُسَامَةُ بْنُ زَيْدٍ اللَّيْثِيُّ، عَنْ صَالِحِ بْنِ إِبْرَاهِيمَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ قَالَ: أَصَابَ تُمَاضِرَ بِنْتَ الْأَصْبَغِ رُبُعُ الثُّمُنِ، فَأُخْرِجَتْ بِمِئَةِ أَلْفٍ، وَهِيَ إِحْدَىٰ [١٣/١٠٦ظ/د] الْأَرْبَعِ»[5].

ثم قال محمدُ بنُ سعدٍ: «أَخْبَرَنَا الْفَضْلُ بْنُ دُكَيْنٍ أَبُو نُعَيْمٍ قَالَ: حَدَّثَنَا كَامِلُ أَبُو الْعَلَاءِ قَالَ [٢/٤٢٠و] [٦/٢٠٥و/م]: سَمِعْتُ أَبَا صَالِحٍ قَالَ: مَاتَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ وَتَرَكَ ثَلَاثَ نِسْوَةٍ، فَأَصَابَ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِمَّا تَرَكَ: ثَمَانُونَ أَلْفًا: ثَمَانُونَ أَلْفًا»[6].

---

(١) وقع بالأصل: «عادم». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الطبقات الكبرىٰ».

(٢) وقع بالأصل: «مُحَمَّد بن عَبْد الرَّحْمَن». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الطبقات الكبرىٰ».

(٣) أخرجه: ابن سعد في «الطبقات الكبرىٰ» [٣/١٣٦]، من طريق: حَمَّاد بْن زَيْدٍ، عَنْ أَيُّوبَ، عَنْ مُحَمَّدٍ به نحوه.

(٤) وقع بالأصل، و«د»: «ابن عامر». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ». والمثبت مِن «الطبقات الكبرىٰ». وهو الصواب، ومحمدُ بن عُمَر: هو الواقدي الإخْباري المشهور.

(٥) أخرجه: ابن سعد في «الطبقات الكبرىٰ» [٣/١٣٦]، أَخْبَرَنَا مُحَمَّدُ بْنُ عُمَرَ بإسناده به.

(٦) أخرجه: ابن سعد في «الطبقات الكبرىٰ» [٣/١٣٦]، من طريق: كَامِل أبي الْعَلَاء عن أَبي صَالِحٍ به.

قَالَ: وَإِنْ كَانَتِ التَّرِكَةُ فِضَّةً، فَأَعْطَوْهُ ذَهَبًا، أَوْ كَانَ ذَهَبًا، فَأَعْطَوْهُ فِضَّةً؛ فَهُوَ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ بَيْعُ الْجِنْسِ بِخِلَافِ الْجِنْسِ، فَلَا يُعْتَبَرُ التَّسَاوِي، وَيُعْتَبَرُ

وقال الواحِدِيُّ في كتاب «**أسباب نزول القرآن**»[1] في بَرَاءَةِ: قولُه تعالىٰ: ﴿ٱلَّذِينَ يَلْمِزُونَ ٱلْمُطَّوِّعِينَ﴾ [التَّوْبَة: ٧٩]، «وَقَالَ قَتَادَةُ وَغَيْرُهُ: حَثَّ رَسُولُ اللهِ ﷺ عَلَىٰ الصَّدَقَةِ، فَجَاءَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ بِأَرْبَعَةِ آلَافِ دِرْهَمٍ، وَقَالَ: يَا رَسُولَ اللهِ مَالِي ثَمَانِيَةُ آلَافٍ، جِئْتُكَ بِنِصْفِهَا، فَاجْعَلْهُ فِي سَبِيلِ اللهِ، فَأَمْسَكْتُ نِصْفَهَا لِعِيَالِي، فقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «**بَارَكَ اللهُ لَكَ فِيمَا أَعْطَيْتَ، وَفِيمَا أَمْسَكْتَ**»، فَبَارَكَ اللهُ فِي مَالِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ حَتَّىٰ إِنَّهُ خَلَّفَ امْرَأَتَيْنِ يَوْمَ مَاتَ، فَبَلَغَ ثَمَنُ مَالِهِ لَهُمَا مِئَةً وَسِتِّينَ أَلْفَ دِرْهَمٍ»[2].

ففي هذا الحديث: دليلٌ أن جَهَالَةَ المصالَحِ عنه لا تمْنَعُ مِن صحَّةِ الصُّلْحِ، فإنَّ مالًا بلَغ الصُّلْحُ عن رُبعِ ثمَنِها هذا المبلغُ يَكُونُ مما لا يُحْصَىٰ عددُه، والظاهرُ أنَّ قدْرَه وَقْتَ الصُّلْحِ لا يَكُونُ مُسْتَدْرَكًا، فلا يَكُونُ نصيبُ المصالَحةِ مُسْتدركًا، واللهُ أعلمُ.

قولُه: (قَالَ: وَإِنْ كَانَتِ التَّرِكَةُ فِضَّةً، فَأَعْطَوْهُ ذَهَبًا، أَوْ كَانَ ذَهَبًا، فَأَعْطَوْهُ فِضَّةً؛ فَهُوَ كَذَلِكَ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «**مختصره**»[3]، **يعني**: إذا كانتِ التَّرِكَةُ أحدَ النقدَيْنِ، فأعطىٰ الورثةُ أحدَهم مِن النقدِ الآخَرِ؛ جاز، قليلًا كان ما أخَذَه المصالِحُ أوْ كثيرًا؛ لأن هذا الصُّلْحَ بمنزلةِ البَيْعِ، ويَجُوزُ البَيْعُ كيف ما كان في النوعين، إلا أنه يُشْتَرطُ القَبْضُ في المجلسِ؛ لأنه صَرْفٌ، فلا بُدَّ مِن التقابُضِ.

ولكن إذا كان الذي في يديه بقيةُ التَّرِكَةِ جاحدًا؛ لا حاجةَ [١٣/١٠٧و/د] إلىٰ

---

(١) ينظر: «أسباب نزول القرآن» للواحدي [ص/٢٥٥].

(٢) أخرجه: البزار في «مسنده/ كشف الأستار» [١٥/٢٣٤]، عَن أبي هُرَيرة ﷺ به نحوه.

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٢٣].

التَّقَابُضُ فِي الْمَجْلِسِ ؛ لِأَنَّهُ صَرْفٌ غَيْرَ أَنَّ الَّذِي فِي يَدِهِ بَقِيَّةُ التَّرِكَةِ إِنْ كَانَ جَاحِدًا يَكْتَفِي بِذَلِكَ الْقَبْضِ ؛ لِأَنَّهُ قَبْضُ ضَمَانٍ فَيَنُوبُ عَنْ قَبْضِ الصُّلْحِ ، وَإِنْ

غاية البيان

تجديدِ القَبْضِ ؛ لأنه قبْضُ ضَمانٍ ، فجاز أن ينوبَ عن قبْضِ الصُّلْحِ ، وهو قبْضُ ضَمانٍ ؛ لأنه مِثْلُه ، وإنْ كان مقرًّا ؛ فلا بُدَّ مِن تجديدِ القَبْضِ بالتخْليةِ بالانتهاءِ إلىٰ مكانٍ يَتَمَكَّنُ فيه من قَبْضِه ؛ لأن قَبْضَه قبْضُ أَمانةٍ ، فلا يَنُوبُ عن قَبْضِ الضَّمانِ.

والأصلُ: أن القبضَيْنِ إذا تجانَسَا أَمَانةً أوْ ضمانًا ؛ نابَ أحدُهما منابَ الآخرِ ، وإذا اختلفا نابَ قبْضُ الضَّمانِ عن قبْضِ الأَمَانةِ ، ولا يَنْعَكِسُ.

قال في «الفتاوىٰ الصغرىٰ»: إذا ادَّعَىٰ علىٰ آخرَ ألفَ درهمٍ فأنكَر ، فاصطلَحا علىٰ عشرةِ دنانيرَ ، فافتَرقا مِن غيرِ قَبْضٍ لَمْ يَصِحَّ ؛ لأن هذا صَرْفٌ في زعْمِ المُدَّعِي ، والصُّلْحُ يُبْنَىٰ علىٰ زعْمِ المُدَّعِي».

ثم قال فيها: «ولوِ ادَّعَىٰ علىٰ آخرَ مئةَ درهمٍ أَمَانةً في يدِه ، فاصطلحا علىٰ عشرةِ دنانيرَ ، وقبَضَ المُدَّعِي [٦/٢٠٥ظ/م] بدلَ الصُّلْحِ ، ولَمْ يدَّعِ عليه الغَصْبَ في الدراهمِ ، فإنْ كان المُدَّعَىٰ عليه مقرًّا بما ادَّعَاه المُدَّعِي ؛ فالصُّلْحُ بَاطلٌ ؛ لأن قبْضَه الأوَّلَ قبْضُ أَمَانةٍ ، فلا يَنُوبُ عن قبْضِ الشِّراءِ ، وإن كان جاحدًا يَجُوزُ ؛ لأن قبْضَه الأوَّلَ قبْضُ غَصْبٍ في زعْمِه ، فيَنُوبُ عن قبضِ الشِّراءِ»[1].

وجملةُ الكلامِ هنا: ما ذكَر شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ في «**شرح الكافي**» وقال: «**قال أبو حنيفةَ**: أيُّما امرأةٍ صُولِحَتْ علىٰ ثُمُنِها ، ولم يَكُنْ لزَوْجِها دَيْنٌ علىٰ الناسِ ، وكان ما أخَذَتْ أكثرَ مِن نصيبِها مِن العينِ ؛ فذلك جائزٌ ، وإنْ لم يُبَيِّنْ لها ما ترَك زَوْجُها.

وإنْ كان فيما ترَكَ [١٣/١٠٧ظ/د] زوْجُها دَيْنٌ ؛ فالصُّلْحُ باطلٌ ، وبه نَقُولُ ؛ لأنها

(١) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/٣١٠].

كَانَ مُقِرًّا لَا بُدَّ مِنْ تَجْدِيدِ الْقَبْضِ؛ لِأَنَّهُ قَبْضُ أَمَانَةٍ؛ فَلَا يَنُوبُ عَنْ قَبْضِ الصُّلْحِ.

غاية البيان

تَصِيرُ مُمَلَّكةً نصيبَها مِن الدَّيْنِ مِن غيرِ مَن عليه الدَّيْنُ، وتمليكُ الدَّيْنِ من غيرِ مَن عليه الدَّيْنُ يَكُونُ باطلًا، وإذا بَطَلَ في بعضِه؛ بَطَلَ في كلِّه».

قال: «وقيل: هذا على قولِ أبي حنيفةَ خاصَّةً، أمَّا على قولِ أبي يوسفَ ومحمَّدٍ: يَبْقَى العَقْدُ صحيحًا فيما وراءَ الدَّيْنِ؛ لأن المذهبَ عندَهما: أن فَسادَ العَقْدِ في بعضِ المَعْقُودِ عليه لدليلٍ مقصورٍ عليه لا يُوجِبُ فَسَادَ العَقْدِ [٢/٤٢٠ظ] في الباقي، وعندَ أبي حنيفةَ: يُوجِبُ، وقيل: هذا قولُ الكُلِّ؛ لأن بَيْعَ الدَّيْنِ باطِلٌ، وليس بفاسدٍ، فصار بمنزلةِ بَيْعِ الحُرِّ والقِنِّ».

ثم قال: «وإذا لم يَكُنْ فيه دَيْنٌ: إنْ كان بدلَ الصُّلْحِ دراهمَ أوْ دنانيرَ، إنْ لم يَكُنْ في التَّرِكَةِ دراهمُ ودنانيرُ جاز، ولا يُشْكِلُ؛ لأنها[1] تَكُونُ بائعةً نصيبَها مِن التَّرِكَةِ بما أخذَتْ.

وإنْ كان فيها دراهمُ وبدلُ الصُّلْحِ دراهمُ: إنْ كان نصيبُها منَ الدراهمِ التي تَرَكَ زوْجُها أكثرَ مما أخَذَتْ مِن الدراهمِ لم يَجُزْ؛ لأنها تَكُونُ بائعةً نصيبَها مِن الدراهمِ، والعُرُوضُ بدراهمَ أقلَّ مِن نصيبِها، فيَدْخُلُ فيه الرِّبا، ويَصِيرُ الوَارِثُ مانعًا حقَّها فيما زاد على ما استَوْفَتْ مِن غيرِ تأويلٍ، فيَكُونُ باطلًا.

ولو كانتِ الدراهمُ التي أخذَتْ أكثرَ مِن نصيبِها مِن الدراهمِ جاز، فيَكُونُ في مِثْلِ نصيبِها مِن دراهمِ التَّرِكَةِ اسْتِيفَاءً لحقِّها، وفي الزِّيَادةِ عِوَضًا [١٣/١٠٨و/د] عن نصيبِها، وإنْ أخذَتْ دنانيرَ: كان جائزًا، إلا أنهما إذا افترَقا مِن غيرِ قَبْضٍ يَبْطُلُ العَقْدُ في حِصَّةِ الدراهمِ؛ لأنه في حقِّ ما يُقابِلُ نصيبَها مِن الدراهمِ يَكُونُ صَرْفًا،

(١) وقع بالأصل: «أنها». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

....

ولا يَبْطُل في الباقي؛ لأنه فَسَادٌ طارِئٌ.

وكذلك إنْ كان في التَّرِكَةِ دنانيرُ، والصُّلْحُ علىٰ الدنانيرِ؛ فهو علىٰ الأقسامِ التي قُلْنَاها، وإنْ أخذت عُرُوضًا؛ فهو جائزٌ لا يَصْلُحُ عِوَضًا عن جميعِ نصيبِها في التَّرِكَةِ مِنَ العينِ [٦/٢٠٦و/م] وغيرِ العينِ».

ثم قال شيخُ الإسلامِ الأَسْبِيْجَابيُّ: «قال أبو الفضلِ - يَعْنِي: الحاكمَ الشهيدَ - إنما يَبْطُل الصُّلْحُ علىٰ أقلَّ مِن نصيبِهما مِن العينِ في حالةِ التصادُقِ، وقد بَيَّنَ ذلك في موضعٍ آخرَ من هذا الكتابِ»، أي: مِن «**مختصر الكافي**».

أَمَّا في حالةِ المُنَاكَرَةِ: فالصُّلْحُ جائزٌ؛ لأنه إنْ لم يُمْكِنْ تصحيحُه مُعَاوَضَةً يُمْكِنُ تصحيحُه إسقاطًا.

ثم قال شيخُ الإسلامِ: «**والصحيحُ:** أنه باطلٌ في الوجهَيْنِ؛ لأنه يَكُونُ مُعَاوضةً في حقِّ المُدَّعِي، فيَدْخُلُ فيه معنىٰ الرِّبا مِن الوجهِ الذي قُلنا».

ورُوِيَ عن عُمَرَ رضي الله عنه أنه قال: «رُدُّوا الْخُصُومَ حَتَّىٰ يَصْطَلِحُوا، فَإِنَّ فَصْلَ الْقَضَاءِ يُحْدِثُ بَيْنَهُمْ الضَّغائِنَ»(١).

قال مشايخُنا: هذا في حالِ اشتِباهِ وَجْهِ القَضَاءِ، أَمَّا في حالِ ظهورِ وَجْهِ القَضَاءِ: يَنْبَغِي أنْ يَقْضِيَ بينَهما؛ لأن في الدعاءِ إلىٰ الصُّلْحِ أمرًا لأحدِهما بتَرْكِ بعضِ حقِّه، وما يَنْبَغِي للقاضي أنْ يَفْعلَ ذلك.

والصحيحُ [١٣/١٠٨ظ/د]: أنه يَجُوزُ دعاؤُهما إلىٰ الصُّلْحِ بطريقِ النَدْبِ، لا بطريقِ

---

(١) أخرجه: عبد الرزاق في «مصنفه» [رقم/١٥٣٠٤]، وابن أبي شيبة [رقم/٢٢٨٩٦]، ومحمد بن الحسن في «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [١٠/٥٨٢/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية]، والبيهقي في «السنن الكبرىٰ» [٦/٦٦]، عن عُمَر رضي الله عنه به.

وَإِنْ كَانَتِ التَّرِكَةُ ذَهَبًا وَفِضَّةً وَغَيْرَ ذَلِكَ، فَصَالَحوهُ عَلَىٰ ذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ؛ فَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ مَا أَعْطَوْهُ أَكْثَرَ مِنْ نَصِيبِهِ مِنْ ذَلِكَ الْجِنْسِ، حَتَّىٰ يَكُونَ نَصِيبُهُ بِمِثْلِهِ، وَالزِّيَادَةُ بِحَقِّهِ مِنْ بَقِيَّةِ التَّرِكَةِ احْتِرَازًا عَنِ الرِّبَا.

غاية البيان

الْإِلزامِ؛ لِمَا قال من الفائدةِ، وهو صيانتُهما عن الوقوعِ في العَداوةِ.

ويَنْبَغِي أَلَّا يَدْعُوهما إلىٰ ذلك إلا مرَّةً أوْ مرَّتَيْنِ، فإنْ أَيِسَ عن ذلك؛ يَفْصِلُ بينَهُما بالقضاءِ، ويَنْبَغِي أَلَّا يتولَّاه بنفسِه، ولكنْ يَرُدُّهما إلىٰ منْ يَسْمعانِ قولَه مِن أهلِهما؛ لأن صاحبَ الحقِّ عسىٰ أنْ يحْتَشِمَ مِن القاضي، فيتْرُكَ بعضَ حقِّه حِشْمةً مِن القاضي.

وفي بعضِ الرواياتِ: «رُدُّوا الْخُصُومَ مِنْ ذَوِي الْأَرْحَامِ إِلَىٰ أَهْلِهَا»[1]، والصُّلْحُ في حقِّها أندبُ احترازًا عن قطيعةِ الرَّحِمِ.

ونَقَلَ في «**خلاصة الفتاوىٰ**» عن «**فوائد شمس الإسلام**»: «أن التَّخَارُجَ لا يَصِحُّ إذا كان علىٰ الميِّتِ دَيْنٌ أيضًا، **وقولُه**: «باطلٌ»، أي: يُبْطِلُه ربُّ الدَّيْنِ؛ لأن حُكْمَ الشَّرْعِ أنْ يَكُونَ الدَيْنُ علىٰ جميعِ الورثةِ»[2].

قولُه: (وَإِنْ كَانَتِ التَّرِكَةُ ذَهَبًا وَفِضَّةً وَغَيْرَ ذَلِكَ، فَصَالَحوهُ عَلَىٰ ذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ؛ فَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ مَا أَعْطَوْهُ أَكْثَرَ مِنْ نَصِيبِهِ مِنْ ذَلِكَ الْجِنْسِ، حَتَّىٰ يَكُونَ نَصِيبُهُ بِمِثْلِهِ، وَالزِّيَادَةُ بِحَقِّهِ مِنْ بَقِيَّةِ التَّرِكَةِ)، وهذا لفْظُ القُدُورِيِّ في «**مختصره**»[3]، **يعني**: إذا كانتِ التَّرِكَةُ ذهبًا وفضَّةً، وعُرُوضًا وعَقارًا، فصالحَتِ الورثةُ أحدَهم علىٰ أحدِ النقْدَيْنِ؛ لم يَجُزْ حتَّىٰ يَكُونَ بدلُ الصُّلْحِ [٢/٤٢١و] أكثرَ مِن نصيبِه [١٣/١٠٩و/د] من ذلك

(١) أخرجه: ابن شبَّة في «تاريخ المدينة» [٢/٧٦٩]، عن عُمَر ﷺ بلفظ: «رُدُّوا الْخُصُومَ إِذَا كَانَتْ بَيْنَهُمُ الْقَرَابَاتُ؛ فَإِنَّ فَصْلَ الْقَضَاءِ يُورِثُ بَيْنَهُمُ الْعَدَاوَةَ».

(٢) ينظر: «خلاصة الفتاوىٰ» للبخاري [ق/٣١٥].

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٢٣].

وَلَا بُدَّ مِنَ التَّقَابُضِ فِيمَا يُقَابِلُ نَصِيبَهُ مِنَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ؛ لِأَنَّهُ صُرِفَ فِي هَذَا الْقَدْرِ، **وَلَوْ كَانَ بَدَلُ الصُّلْحِ عَرْضًا؛ جَازَ مُطْلَقًا** لِعَدَمِ الرِّبَا، **وَلَوْ كَانَ فِي التَّرِكَةِ دَرَاهِمُ وَدَنَانِيرُ، وَبَدَلُ الصُّلْحِ دَرَاهِمُ وَدَنَانِيرُ أَيْضًا جَازَ الصُّلْحُ كَيْفَمَا كَانَ** صَرْفًا لِلْجِنْسِ إِلَىٰ خِلَافِ الْجِنْسِ كَمَا فِي الْبَيْعِ، لَكِنْ يُشْتَرَطُ التَّقَابُضُ لِلصَّرْفِ.

قَالَ: وَإِذَا كَانَ فِي التَّرِكَةِ دَيْنٌ عَلَىٰ النَّاسِ، فَأَدْخَلُوهُ فِي الصُّلْحِ عَلَىٰ أَنْ يُخْرِجُوا الْمُصَالِحَ عَنْهُ، وَيَكُونَ الدَّيْنُ لَهُمْ؛ فَالصُّلْحُ بَاطِلٌ؛ لِأَنَّ فِيهِ تَمْلِيكَ الدَّيْنِ مِنْ غَيْرِ مَنْ عَلَيْهِ، وَهُوَ حِصَّةُ الْمُصَالِحِ.

غاية البيان

الجنسِ، حتَّىٰ يَكُونَ نصيبُه بمِثْلِه، والزِّيَادَةِ بحقِّه من بقيَّةِ التَّرِكَةِ؛ كَيْلَا يَلْزَمَ الرِّبَا.

قوله: (وَلَوْ كَانَ بَدَلُ الصُّلْحِ عَرْضًا؛ جَازَ مُطْلَقًا)، يعني [٦/٢٠٦ظ/م]: سواء قلَّ بدلُ الصُّلْحِ أَوْ كَثُرَ؛ لأنه لا يَلْزَمُ الرِّبَا، وإنما ذكرَ هذا تفريعًا علىٰ مسألةِ القُدُورِيِّ، ولا يُشْتَرطُ التقابُضُ أيضًا؛ لأنه ليس بصَرْفٍ.

قولُه: (وَلَوْ كَانَ فِي التَّرِكَةِ دَرَاهِمُ وَدَنَانِيرُ، وَبَدَلُ الصُّلْحِ دَرَاهِمُ وَدَنَانِيرُ أَيْضًا؛ جَازَ الصُّلْحُ كَيْفَمَا كَانَ)، **يَعْنِي**: يَجُوزُ الصُّلْحُ بلا اشتراطِ التساوي في الجنسِ، والزِّيَادةِ علىٰ ذلك، قلَّ بدلُ الصُّلْحِ أَوْ كَثُرَ؛ صَرْفًا للجنسِ إلىٰ خلافِ الجنسِ تصحيحًا للعَقْدِ، ولكن يُشْتَرطُ التقابُضُ في المجلسِ؛ لأنه صَرْفٌ، وذكَره أيضًا تفريعًا.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا كَانَ فِي التَّرِكَةِ دَيْنٌ عَلَىٰ النَّاسِ، فَأَدْخَلُوهُ فِي الصُّلْحِ عَلَىٰ أَنْ يُخْرِجُوا الْمُصَالِحَ عَنْهُ، وَيَكُونَ الدَّيْنُ لَهُمْ؛ فَالصُّلْحُ بَاطِلٌ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «**مختصره**»[1].

يعني: الصُّلْحُ بَاطلٌ في الكُلِّ في العينِ والدَّيْنِ جميعًا، وذلك لأن فيه تمليكَ

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٢٣].

وَإِنْ شَرَطُوا أَنْ يُبْرِئَ الْغُرَمَاءَ مِنْهُ، وَلَا يُرْجَعُ عَلَيْهِمْ بِنَصِيبِ الْمُصَالِحِ؛ فَالصُّلْحُ جَائِزٌ؛ لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ أَوْ هُوَ تَمْلِيكُ الدَّيْنِ مِمَّنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ وَهُوَ جَائِزٌ، وَهَذِهِ حِيلَةُ الْجَوَازِ، وَأُخْرَىٰ أَنْ يُعَجِّلُوا قَضَاءَ نَصِيبِهِ مُتَبَرِّعِينَ، وَفِي الْوَجْهَيْنِ

غاية البيان

الدَّيْنِ مِن غيرِ مَن عليه الدَّيْنُ؛ لأن المصالِحَ ملَكَ نصيبَه مِن الدَّيْنِ مِن سائرِ الورثةِ بما أخَذ مِن العينِ، وتمليكُ الدَّيْنِ مِن غيرِ مَن عليه الدَّيْنُ لا يَجُوزُ، ولهذا لو قال: بِعْتُك العينَ الذي لي علىٰ فلانٍ؛ لا يَجُوزُ، وإذا بَطَلَ في حقِّ الدَّينِ؛ بَطَلَ في حقِّ العينِ أيضًا، لاتِّحادِ الصَّفْقَةِ.

قال شيخُ الإسلامِ خُوَاهَر زَادَه في «مبسوطه»: «وهذه المسألةُ تَرِدُ نقْضًا علىٰ أبي يوسفَ ومحمد رحمهما الله [١٣/١٠٩ظ/د] فيما إذا أسلَم حِنْطَةً في شَعيرٍ وزيْتٍ، فإنَّهما قالا: يَصِحُّ في حصَّةِ الزَّيْتِ، ويَفْسُدُ في حصَّةِ الشَّعِيرِ، وههنا أفسَد الكُلَّ، وهذا مما يُحْفَظُ».

والجوابُ عن النقضِ الذي قال خُوَاهَر زَادَه: ما ذَكَرْنا قبلَ هذا مِن اختلافِ المشايخِ، حيثُ قال بعضُهم: هذا قولُ أبي حنيفةَ خاصَّةً، وعلىٰ قولِهما: يَبْقَىٰ العَقْدُ صحيحًا فيما وراءَ الدَّيْنِ.

وقال بعضُهم: هذا قولُ الكُلِّ، لكنَّ بَيْعَ الدَّيْنِ باطِلٌ لا فَاسِدٌ، فصار كَبَيْعِ الحُرِّ والقِنِّ.

قولُه: (وَإِنْ شَرَطُوا أَنْ يُبْرِئَ الْغُرَمَاءَ مِنْهُ، وَلَا يُرْجَعُ عَلَيْهِمْ بِنَصِيبِ الْمُصَالِحِ؛ فَالصُّلْحُ جَائِزٌ)، هذا لفْظُ القُدُورِيِّ في «**مختصره**»[١]، وهي حِيلةُ الجوازِ في الصُّلْحِ إذا كان في التَّرِكَةِ دَيْنٌ علىٰ الناسِ، يَعْنِي: إذا شرَطَ الورثةُ أنْ يُبْرِئَ المصالِحُ مِن نصيبِه مِن الدَّيْنِ الغُرَمَاءَ، وهم المدْيُونون، ولا يَكُونُ الرُّجُوعُ لسائرِ الورثةِ بعدَ

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٢٣].

ضَرَرٌ بِبَقِيَّةِ الْوَرَثَةِ. وَالْأَوْجَهُ أَنْ يُقْرِضُوا الْمُصَالِحَ مِقْدَارَ نَصِيبِهِ، وَيُصَالِحُوا عَمَّا وَرَاءَ الدَّيْنِ. وَيُحِيلُهُمْ عَلَىٰ [٩٤/ظ] اسْتِيفَاءِ نَصِيبَهُ مِنَ الْغُرَمَاءِ، **وَلَوْ لَمْ يَكُنْ فِي التَّرِكَةِ دَيْنٌ وَأَعْيَانُهَا غَيْرُ مَعْلُومَةٍ، وَالصُّلْحُ عَلَى الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ**، قِيلَ: لَا يَجُوزُ؛ لاحْتِمَالِ الرِّبَا، وَقِيلَ: يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ شُبْهَةُ الشُّبْهَةِ.

غاية البيان

ذلك علىٰ الغُرَمَاءِ بنصيبِ المصالحِ مِنَ الدَّيْنِ؛ جاز الصُّلْحُ؛ لأنه إسقاطُ الدَّيْنِ مِن ذمَّةِ المَدْيُونِ، أوْ تمليكُ الدَّيْنِ ممنْ في ذمَّته، وكلاهما جائزٌ.

وحِيلةٌ أُخرىٰ: أنْ يتَبَرَّعَ الورثةُ بقضاءِ نصيبِ المصالحِ مِن الدَّيْنِ، ثم يُصالحونَه عمَّا بقِيَ مِن التَّرِكَةِ، ولكن في هذينِ الوجهَيْنِ نوعُ ضررٍ بسائرِ [٢٠٧/٦و/م] الورثةِ؛ لأن في الوجهِ الأوَّلِ: لا يُمْكِنُهُم الرُّجُوعُ علىٰ الغُرَمَاءِ بقَدْرِ نصيبِ المصالِحِ.

وفي الوجهِ الثاني: ضررُ النقدِ؛ لأن النقدَ خيرٌ [١١٠/١٣و/د] مِن الدَّيْنِ.

والأوْجَهُ في جوازِ الصُّلْحِ: أنْ يَنْظُرَ الورثةُ إلىٰ مقدارِ نصيبِ المصالحِ مِن الدَّيْنِ، فيُقْرِضون ذلك المقدارَ إيَّاه، فيَكُونُ لهم عليه[1]، ويُوَكِّلُهم المصالِحُ بقَبْضِ نصيبِه، ويُقاصُّونه بما لهم عليه[2]. ذكرَ الخَصَّافُ هذا الوجهَ في كتابِ «**الحِيَل**».

قولُه: (وَلَوْ لَمْ يَكُنْ فِي التَّرِكَةِ دَيْنٌ وَأَعْيَانُهَا غَيْرُ مَعْلُومَةٍ، وَالصُّلْحُ عَلَى الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ)، ذكر هذا تفريعًا علىٰ مسألة القُدُورِيِّ، **يعني**: إذا لم يَكُنْ في التَّرِكَةِ دَيْنٌ علىٰ الناسِ، ولكنَّ أعيانَ التَّرِكَةِ ليست بمعلومةٍ، فصالَح بعضُ الورثةِ مِن نصيبِه علىٰ كَيْلِيٍّ؛ كَالحِنْطَةِ والشَّعِيرِ ووَزْنِيٍّ، كالحديدِ والصُّفْرِ [٤٢١/٢ظ]، فهل يَجُوزُ هذا الصُّلْحُ أمْ لا؟

اختَلف المشايخُ فيه:

(١) وقع بالأصل: «لهم عليهم». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».
(٢) وقع بالأصل: «بما له عليهم». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

وَلَوْ كَانَتِ التَّرِكَةُ غَيْرَ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ لَكِنَّهَا أَعْيَانٌ غَيْرُ مَعْلُومَةٍ قِيلَ: لَا يَجُوزُ؛ لِكَوْنِهِ بَيْعًا إِذِ الْمَصَالِحُ عَنْهُ عَيْنٌ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَجُوزُ؛ لِأَنَّهَا لَا تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ لِقِيَامِ الْمَصَالِحِ عَنْهُ فِي يَدِ الْبَقِيَّةِ مِنَ الْوَرَثَةِ.

غاية البيان

قال بعضُهم: لا يَجُوزُ لاحتمالِ الرِّبا؛ لأنه يَجُوزُ أن يَكُونَ في التَّرِكَةِ كَيْلِيٌّ ووَزْنِيٌّ، وبدلُ الصُّلْحِ مِثْلُ نصيبِ المصالحِ مِن ذلك أَوْ أقلَّ؛ لأن ما زاد على بدلِ الصُّلْحِ مِن نصيبِ المصالحِ يَكُونُ رِبًا.

وقال بعضُهم: يَجُوزُ؛ لأنه شُبْهَةُ الشُّبْهَةِ، وإنما المُعْتَبَرُ الشُّبْهَةُ لا شُبْهَةُ الشُّبْهَةِ، وذلك لأنه لو عُلِمَ أعيانُ التَّرِكَةِ، ولكن جُهِلَ قَدْرُ بدلِ الصُّلْحِ مِن نصيبِ المصالحِ؛ يَكُونُ شُبْهَةً لِمَا قُلنا، فإذا لَمْ يُعْلَمْ أعيانُ التَّرِكَةِ يَكُونُ شُبْهَةَ الشُّبْهَةِ؛ لأنه يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ في التَّرِكَةِ كَيْلِيٌّ ووَزْنِيٌّ، ويَحْتَمِلُ أَلَّا يَكُونَ.

قولُه: (وَلَوْ كَانَتِ التَّرِكَةُ غَيْرَ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ لَكِنَّهَا أَعْيَانٌ غَيْرُ مَعْلُومَةٍ)، وهذا أيضًا تفريعٌ على مسألةِ القُدُورِيِّ، يَعْنِي: إذا لم يَكُنْ في التَّرِكَةِ دَيْنٌ [١٣/١١٠ظ/د]، وليس فيها مَكِيلٌ ومَوْزُونٌ أيضًا؛ ووقَع الصُّلْحُ عن نصيبِ بعضِ الورثةِ على مَكِيلٍ ومَوْزُونٍ، وأعيانُ التَّرِكَةِ ليست بمعلومةٍ، هل يَجُوزُ هذا الصُّلْحُ أَمْ لا؟ اختَلف المشايخُ فيه:

قال بعضُهم: لا يَجُوزُ؛ لأنه بَيْعُ المَجْهُولِ، فلا يَجُوزُ؛ لأن المصالحَ باع نصيبَه مِن التَّرِكَةِ، وهو مَجْهُولٌ بما أخَذ مِن المَكِيلِ والمَوْزُونِ.

وقال بعضُهم: يَجُوزُ؛ لأنَّ العِلَّةَ في عدمِ جوازِ البَيْعِ إذا كان المبيعُ مجهولًا؛ إفضاؤُه إلى المُنَازعةِ، وهنا لا يُفْضِي إلى المُنَازَعةِ؛ لأن المصالَحَ عنه في يدِ بقيَّةِ الورثةِ، ولا يَطْلُبُونَ شيئًا آخرَ مِن المصالحِ بمقابلةِ بدلِ الصُّلْحِ، وهذا الوجهُ هو الأصحُّ.

وَإِنْ كَانَ عَلَىٰ الْمَيِّتِ دَيْنٌ مُسْتَغْرِقٌ لَا يَجُوزُ الصُّلْحُ وَلَا الْقِسْمَةُ ؛ لِأَنَّ التَّرِكَةَ لَمْ يَتَمَلَّكْهَا الْوَارِثُ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُسْتَغْرِقًا لَا يَنْبَغِي أَنْ يُصَالِحُوا مَا لَمْ

غاية البيان

والدليلُ علىٰ ما قُلنا: أنه لو باع قَفِيزًا مِن صُبْرَةٍ جاز ؛ لأن الجَهَالَةَ ليست [٦/٢٠٧ظ/م] بمُفْضيةٍ إلىٰ المُنَازَعَةِ ، فلو كان بعضُ المصالَحِ عنه في يدِ المصالحِ ، وهم لا يَعْرِفُون قدْرَه ؛ لا يَجُوزُ الصُّلْحُ ؛ لإفضائِه إلىٰ المُنَازَعَةِ .

قولُه: (**وَإِنْ كَانَ عَلَىٰ الْمَيِّتِ دَيْنٌ مُسْتَغْرِقٌ لَا يَجُوزُ الصُّلْحُ وَلَا الْقِسْمَةُ ؛ لِأَنَّ التَّرِكَةَ لَمْ يَتَمَلَّكْهَا الْوَارِثُ**) ، ذكَر هذا تفريعًا أيضًا علىٰ مسألةِ القُدُورِيِّ ، وهذا لا كلامَ فيه إذا كان الدَّيْنُ مُسْتغْرِقًا ، فأمَّا إذا لم يَكُنْ مُسْتغْرِقًا: اختلَف المتأخِّرون فيه:

قال بعضُهم: يَجُوزُ ، وقال الكَرْخِيُّ: لا تَجُوزُ القِسْمَةُ استحسانًا ، ومعَ هذا لو أرادُوا الجوازَ كيف يَعْمَلُون ؟

قال في «الفتاوىٰ الصغرىٰ» في كتاب القِسْمةِ: «إذا أرادوا [١٣/١١١و/د] قِسْمَةَ التَّرِكَةِ ، وفيها دَيْنٌ ؛ فالحِيلَةُ أن يَضْمَنَ أجنبيٌّ بإذْنِ الغَرِيم بشَرْطِ بَرَاءَةِ الميِّتِ ، وإذا لم يَكُنِ الضَّمانُ بشَرْطِ بَرَاءَةِ الميِّتِ ؛ لا تَنْفُذُ القِسْمَةُ ؛ لأَن الكَفَالَةَ إذا كانت بشَرْطِ بَرَاءَةِ الميِّتِ ؛ كانت حَوَالَةً ، فيُنْقَلُ الدَيْنُ إلىٰ ذمَّةِ المُحْتالِ عليه ـ وهو الكَفِيلُ ـ فتخلُو التَّرِكَةُ عن الدَّيْنِ ؛ فتَنْفُذُ القِسْمَةُ ، بخلافِ ما إذا لم يَكُنْ بشَرْطِ بَرَاءَةِ الميِّتِ ، وكذا إذا ضَمِن بعضُ الورثةِ بشَرْطِ بَرَاءَةِ الميِّتِ ، ورَضِيَ الغَرِيمُ ، ثم اقتَسَمُوا ؛ جاز»[١] . إلىٰ هنا لَفْظُ «**الفتاوىٰ الصغرىٰ**» .

وكذا إذا قَضَوا دَيْنَ الميِّتِ مِن مالٍ آخرَ ، ثم اقتَسَمُوا ، أوْ صالحُوا[٢] جاز .

وقال شمسُ الأئمَّةِ البَيْهَقِيُّ في «**الكفاية**» في «كتابِ القِسْمةِ»: «قسَمَ الورثةُ

(١) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/٣٠٥ ـ ٣٠٦] .

(٢) وقع بالأصل: «وصالحوا» . والمثبت من: «ن» ، و«م» ، و«تح» ، و«غ» .

يَقْضُوا دَيْنَهُ فَيُقَدَّمُ حَاجَةُ الْمَيِّتِ وَلَوْ فَعَلُوا قَالُوا: يَجُوزُ. وَذَكَرَ الْكَرْخِيُّ رحمه الله فِي الْقِسْمَةِ: أنها لَا تَجُوزُ؛ اسْتِحْسَانًا وَتَجُوزُ قِيَاسًا.

التَّرِكَةَ، وعلى الميتِ دَيْنٌ، فطلَبه الغَريمُ؛ تُنْقَضُ القِسْمَةُ وإنْ قلَّ الدَّيْنُ، إلا إذا كان للميِّتِ مالٌ سواه، فجعلنا الدَّيْنَ فيه، وتبقَى القِسْمَةُ، أوْ أَدَّى الورثةُ الدَّيْنَ؛ لأن الدَّيْنَ يَمْنَعُ تصرُّفَ الوَارِثَ كَالرَّهْنِ قلَّ الدَّيْنُ أوْ كَثُرَ.

وكذلك في التَّرِكَةِ وَصِيَّةٌ، فاقتَسمُوا معَ غَيْبةِ صاحبِ الوَصِيَّةِ، إلا إذا اقتَسَمُوا بقضاءِ القاضِي فلا تَبْطُلُ؛ لأن المُوصَى له شريكُ الوَارثِ، غيرَ أن القاضيَ إذا اقتسَمه معَ غَيْبةِ أحدِ الشركاءِ يَنْفُذُ.

أَثْبَتَ أحدُ المقتسمَيْنِ دَيْنًا على الميِّتِ بِالبَيِّنَةِ؛ تُنْقَضُ [١٣/١١١ظ/د] القِسْمَةُ، ولا تَكُونُ القِسْمَةُ إبراءً؛ لأن القِسْمَةَ تَقَعُ معَ وجودِ الدَّيْنِ، ثم يُقْضَى مِن مالٍ آخرَ، أوْ يَقْضِيه الورثةُ، فلَمْ يَكُنْ إقرارًا بعدمِ الدَّيْنِ». إلى هنا لَفْظُ «**الكفاية**».

وقال في قسْمِ «**المبسوط**» مِن «**الشامل**» في كتابِ القِسْمَةِ: «على الميِّتِ دَيْنٌ لغائبٍ غيرِ مستَغْرِقٍ، حبَسَ القاضي قَدْرَ [٢/٤٢٢و] الدَّيْنِ ويَقْسِمُ؛ لأن فيه مراعاةَ الحُقُوقِ، وإنْ كان مستغْرِقًا؛ لا يَقْسِمُ لِمَا عُرِف.

قَسَم ثم ظهَر دَيْنٌ على الميِّتِ؛ تُنْقَضُ القِسْمَةُ إلا أنْ يَقْضِيَهُ الورثةُ مِن مالٍ آخَرَ؛ لأن حقَّ ذي الدَّيْنِ مُتعَلِّقٌ بالتَّرِكَةِ، وكذلك لو ظهَر وَارثٌ آخرُ؛ لأن له حقًّا في عينِ المقسومِ، ولو قضَى بعضُ الورثةِ: له الرُّجُوعُ على الباقين، شرَطَ أم لا، إلا أنْ يتَبَرَّعَ؛ لأن [٦/٢٠٨و/م] كُلَّ واحدٍ مِن الورثةِ مُطالَبٌ بالدَّينِ لِمَا عُرِف». إلى هنا لَفْظُ «**الشامل**».

[**فالله أعلم**][١].

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «غ».

كِتَابُ المُضَارَبَةِ

الْمُضَارَبَةُ: مُشْتَقَّةٌ مِنَ الضَّرْبِ فِي الْأَرْضِ؛ سُمِّي بِهَا؛ لِأَنَّ الْمُضَارِبَ يَسْتَحِقُّ الرِّبْحَ بِسَعْيِهِ وَعَمَلِهِ، وَهِيَ مَشْرُوعَةٌ لِلْحَاجَةِ إِلَيْهَا، ....

كِتَابُ المُضَارَبَةِ

قد مَرَّ وَجْهُ المناسبةِ في أوَّلِ كتابِ الإِقْرَارِ.

اعلم أوَّلًا: أن المُضَاربةَ هي دفْعُ المالِ إلىٰ الغيرِ؛ ليتَّجِرَ به علىٰ أن يَكُونَ الرِّبْحُ الحاصلُ فيه بينَهُما علىٰ ما شرَطا، مأخوذةٌ مِن الضربِ في الأرضِ، وهو السَّيْرُ فيها؛ لأن غرَضَ العَاقِدَيْنِ حصولُ الرِّبْحِ، ولن يحْصُلَ ذلك عادةً إلا بالضربِ في الأرضِ، قال اللهُ تَعالىٰ: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي ٱلْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَقْصُرُوا۟ مِنَ ٱلصَّلَوٰةِ﴾ [النساء: ١٠١].

وأُطْلِق اسمُ المُضَارِبِ علىٰ العاملِ: لأنه ضاربٌ في الأرضِ، لا علىٰ ربِّ المالِ؛ لأنه طالبٌ للضرْبِ.

والأصلُ في جوازِ [١٣/١١٢و/د] **المُضَاربةِ**: الكتابُ، والسُّنَّةُ، والآثارُ التي ذكرَها محمدٌ في «**الأصل**»[1]، وإجماعُ الأُمَّةِ.

أمَّا الكتابُ: فقولُه تَعالىٰ: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾ [المزمل: ٢٠]، وقال تَعالىٰ: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي ٱلْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَقْصُرُوا۟ مِنَ ٱلصَّلَوٰةِ﴾ [النساء: ١٠١]. والضربُ في الأرضِ قد يَكُونُ بمالِ نفسِه، وقد يَكُونُ بمالِ غيرِه.

وأمَّا السُّنَّةُ: فتقريرُ النبي ﷺ تُجَّارَ زمانِه علىٰ ذلك، وكانوا يُباشِرون عَقْدَ

(١) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٤/١١٩ ـ ١٢٢/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

. . . .

المُضَارَبَةِ في زمانِه، فدلَّ تقريرُه إيَّاهم على تَجويزِها.

وأمَّا الآثارُ: فما ذكرَها محمَّدٌ عن عمرَ بنِ الخَطَّابِ: «أَنَّهُ أَعْطَىٰ مَالَ يَتِيمٍ مُضَارَبَةً»[١]، أفاد أن المُضَارَبةَ مشروعةٌ، وأفاد أن القاضيَ له ولايةُ دَفْعِ مالِ اليتيمِ مُضَارَبةً؛ لأنه تصَرُّفٌ نافعٌ في حقِّهِ؛ لأنه يَحْصُلُ به صِيَانةُ المالِ معَ الاستفضالِ.

وعن إبراهيمَ: «أَنَّ ابْنَ مَسْعُودٍ أَعْطَىٰ زَيْدَ بْنَ خُلَيْدَةَ مَالًا مُضَارَبَةً، فَأَسْلَمَ ذلك إِلَىٰ عِتْرِيسِ بْنِ عُرْقُوبٍ فِي قَلَائِصَ مَعْلُومَةٍ، بِأَسْنَانٍ مَعْلُومَةٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مَعْلُومٍ، فَحَلَّ الْأَجَلُ فَاشْتَدَّ عَلَيْهِ، فَأَتَىٰ عِتْرِيسٌ عَبْدَ اللهِ بْنَ مَسْعُودٍ يَسْتَعِينُ بِهِ عَلَيْهِ، فَذَكَرَ ذَلِكَ، فَقَالَ لَهُ عَبْدُ اللهِ بْنُ مَسْعُودٍ لِزَيْدٍ: خُذْ رَأْسَ [١١٢/١٣ظ/د] مَالِكَ، وَلَا تُسْلِمْ مَالَنَا فِي الْحَيَوَانِ»[٢].

وذكرَ الحسنُ بنُ زيادٍ في كتابِ «**المجرَّد**» هذا الحديثَ، وقال: «أَخْبَرَنَا أَبُو حَنِيفَةَ عَنْ حَمَّادٍ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ، عَنْ عَبْدِ اللهِ بْنِ مَسْعُودٍ: أَنَّهُ أَعْطَىٰ زَيْدَ بْنَ خُلَيْدَةَ الْبَكْرِيَّ مَالًا مُضَارَبةً، فَأَسْلَمَ زَيْدٌ [مَنِ][٣] المُضَارَبةِ إِلىٰ رَجُلٍ مِنْ بَنِي شَيْبَانَ، يُقَالُ لَهُ: عِتْرِيسُ بنُ عُرْقُوبٍ فِي قَلَائِصِ إِبِلٍ، فَحَلَّتْ، فَأَدَّىٰ بَعْضَهَا، وَبَقِيَ بَعْضُهَا، فَذَكَرَ ذَلِكَ لِعَبْدِ اللهِ، فَقَالَ: خُذْ مِنْهُ رَأْسَ مَالِكَ، وَلَا تُسْلِمْ فِي شَيْءٍ مِنَ الْحَيَوَانِ»[٤]. إلىٰ

---

(١) علَّقه: الشافعي في «الأم» [٢٤٣/٨]. ووصله ابن أبي شيبة [رقم/٢١٣٦٨]، ومحمد بن الحسن في «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [١١٩/٤/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية]. عن عُمَر بن الخَطَّاب رضي الله عنه به.

(٢) أخرجه: أبو يوسف في «الآثار» [ص/١٨٦]. ومحمد بن الحسن في «الآثار» [٦٢٨/٢]، وفي «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [١١٩/٤/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية]، عَنْ أبي حَنِيفَةَ ثَنا حَمَّادُ بْنُ أَبِي سُلَيْمَانَ عَنْ إِبْرَاهِيمَ النَّخَعِيِّ رحمه الله به.

(٣) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

(٤) أخرجه: الحسن بن زياد في «مسند أبي حنيفة» كما في «جامع مسانيد أبي حنيفة» للخوارزمي=

....

غاية البيان

هنا لفْظُ كتابِ «**المجرَّد**».

فأفاد: أن المُضَارَبةَ [٦/٢٠٨ظ/م] مشروعةٌ، وأفاد: أن السَّلَمَ في الحيوانِ لا يَجُوزُ، حيثُ أَمَرَ زيدًا بأخْذِ رأسِ المالِ.

وعن إبراهيمَ: «أَنَّهُ كَانَ يَكْرَهُ الْمُضَارَبَةَ بالثُّلُثِ، وَالنِّصْفِ، وَزِيَادَةِ عَشَرَةِ دَرَاهِمَ، وقَالَ: أَرَأَيْتَ إنْ لم يَرْبَحْ إلَّا تِلْكَ الْعَشَرَةَ؟»[1] وبه نَقُولُ؛ لأن هذا شَرْطٌ يُتَوَهَّمُ فيه قَطْعُ الشَّرِكَةِ، وهذا عَقْدُ شركةٍ، فكُلُّ شرْطٍ يُوهِمُ قَطْعَها؛ كان مُفْسِدًا للمُضَارَبةِ، وإن كانتِ المُضَارَبةُ لا تَفْسُدُ بالشروطِ الفَاسِدَةِ، ولكنَّ هذا شرْطٌ ذاتيٌّ للشَّرِكَةِ، فلا تُوجَدُ بدونِه.

وأمَّا الإجماعُ: فلأنَّ الناسَ اتَّفَقُوا على جوازِ ذلك في كلِّ عصرٍ، فصار ذلك إجماعًا [٢/٤٢٢ظ] مِن الأُمَّةِ.

قال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ في «شرح الكافي»: «والقياسُ: أن يَكُونَ عَقْدُ المُضَارَبةِ فاسدًا [١٣/١١٣و/د]؛ لأنه في الحقيقةِ استئجارُ العاملِ بأجْرٍ مَجْهُولٍ، أو مَعْدُومٍ على عملٍ مَجْهُولٍ؛ ولهذا لو فسَدَ؛ كان إِجَارةً بالإجماعِ، وجَهَالَةُ العمَلِ والأَجْرِ تُوجِبُ فَسادَ الإِجَارةِ، إلا أنَّا استحْسَنَّا وجَوَّزْناها بما ذَكَرْنا مِن الدلائلِ.

على أنَّا لا نُجَوِّزُها إجَارةً، بل نُجَوِّزها شركةً، والشَّرِكَةُ مشروعةٌ بسائرِ أنواعِها، فكذا هذا النوعُ، وهذا لأن غَرَضَهما الشَّرِكَةُ في الرِّبْحِ، ويَسْتَقِيمُ تحقيقُ الشَّرِكَةِ فيه؛ لأن ما يتولَّدُ مِن الرِّبْحِ مشْتركٌ بينَهُما؛ لأن الرِّبْحَ يَحْصُلُ مِن المالِ

= [٢/٢٠]، ومِن طريقه ابن خسرو في «مسند أبي حنيفة» [٢/٢٩٨]، حدَّثنا أبُو حَنِيفةَ به.

(١) أخرجه: محمد بن الحسن في «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٤/١٢٠/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية] عَنْ إبْرَاهِيمَ النَّخَعِيِّ ﵀ به.

....

بواسطةِ العملِ؛ لأن الرِّبْحَ لا يتولَّدُ مِن المالِ بدونِ العملِ؛ لأنه لا يَنْمُو بذاتِه، ولا مِن العملِ بدونِ المالِ؛ لأنه لا بُدَّ له مِن محلٍّ يُلاقِيه، فكان حصولُ الرِّبْحِ متعلِّقًا بهما [جميعًا][1]، فتحقَّقَتِ الشَّرِكَةُ كما في سائرِ الشركاتِ، إلا أن في سائرِ الشركاتِ يَكُونُ المالُ منهما[2]، والعملُ منهما، وههنا المالُ مِن أحدِهما، والعملُ مِن الآخَرِ.

والحاجةُ إلى الشَّرِكَةِ على هذا الوجهِ قائمةٌ، فإن الإنسانَ قد يَكُونُ له مالٌ، ولا يَهْتَدِي إلى العملِ، وقد يَهْتَدِي رَجلٌ إلى العملِ، ولا يَكُونُ له مالٌ، فيحتاجان إلى الشَّرِكَةِ على هذا الوجهِ، فيَحْصُلُ مقصودُهما، وهو الرِّبْحُ.

وإنما يَكُونُ شركةً [١١٣/١٣ظ/د] إذا صحَّ الشَّرْطُ في اشتراكِ الرِّبْحِ، ومتى فسَد الشَّرْطُ يَبْقَى إِجَارةً؛ لأنه إِجَارةٌ في الحقيقةِ؛ لأنه يَعْمَلُ لغيرِه بنَفْعٍ يَطْلُبُه في مقابلةِ عمَلِه، والرِّبْحُ حاصلٌ بالمالِ لا بالعملِ، فلا يَكُونُ شركةً، وإذا صحَّ الاشتراكُ في الرِّبْحِ؛ التَحَقَ بالشركةِ في الأموالِ.

ولصحَّةِ المُضَارَبةِ شرائطُ:

إعلامُ رأسِ المالِ: إمَّا تسميةً، أوْ إِشَارةً.

والثاني: التَّسْلِيمُ.

والثالثُ: كونُ رأسِ المالِ مِن جنسِ الأَثْمانِ.

والرابعُ: بيانُ نصيبِ المُضَاربِ في الرِّبْحِ، فإنِ استَجْمَعَتْ هذه الشرائطَ، وإلا فتَفْسُدُ وتنقَلِبُ إِجَارةً.

---

(١) **ما بين المعقوفتين:** زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

(٢) وقع بالأصل: «منها». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

فَإِنَّ النَّاسَ بَيْنَ غَنِيٍّ بِالْمَالِ غَبِيٍّ عَنِ التَّصَرُّفِ فِيهِ، وَبَيْنَ مُهْتَدٍ فِي التَّصَرُّفِ صَرْفِ الْيَدِ عَنْهُ، فَمَسَّتِ الْحَاجَةُ إِلَىٰ شَرْعِ هَذَا النَّوْعِ مِنَ التَّصَرُّفِ لِيَنْتَظِمَ مَصْلَحَةُ الْغَبِيِّ وَالذَّكِيِّ وَالْفَقِيرِ وَالْغَنِيِّ. وَبُعِثَ النَّبِيُّ ﷺ وَالنَّاسُ يُبَاشِرُونَهُ، فَقَرَّرَهُمْ عَلَيْهِ وَتَعَامَلَتْ بِهِ الصَّحَابَةُ رِضْوَانُ اللهِ عَلَيْهِمْ.

ثُمَّ الْمَدْفُوعُ إِلَى الْمُضَارِبِ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ؛ لِأَنَّهُ قَبَضَهُ بِأَمْرِ مَالِكِهِ لَا عَلَىٰ وَجْهِ الْبَدَلِ وَالْوَثِيقَةِ، وَهُوَ وَكِيلٌ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِيهِ بِأَمْرِ مَالِكِهِ.

غاية البيان

قال القُدُورِيُّ: وكان أبو بكرٍ الرَّازِيُّ يُنْكِرُ هذه الطريقةَ ـ يَعْنِي: كونَ عَقْدِ المُضَارَبةِ مخالفًا للقياسِ ـ [٦/٢٠٩و/م] ويَقُولُ: هذا أَصْلٌ مِن الأصولِ، فلا يُقالُ: إنه يُخالِفُ القياسَ، وإنما يُقالُ ذلك في مسائلِ الاجتهادِ.

قولُه: (غَبِيٍّ عَنِ التَّصَرُّفِ)، مِن الغَباوةِ، وهو قليلُ الفِطْنةِ.

قولُه: (صَرْفِ الْيَدِ عَنْهُ[1])، أي: عن المالِ، وفي بعضِ النُّسَخِ: «صِفْرِ الْيَدِ»[2] أي: خالي اليدِ.

قولُه: (ثُمَّ الْمَدْفُوعُ إِلَى الْمُضَارِبِ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ)... إلىٰ آخرِه، هذا بيانُ حُكْمِ المضاربةِ، ولها أحكامٌ مختلفةٌ، فإذا دفعَ المالَ إلىٰ المُضَارِبِ؛ فهو أَمَانةٌ في حُكْمِ الوَدِيعَةِ؛ لأنه قبَضَه بأمرِ المالكِ، لا علىٰ وَجْهِ البدلِ والوثيقةِ.

---

(١) هذا هو المثْبَت في النسخة التي بخط المؤلف مِن «الهداية» [٢/ق٩٥/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا].

(٢) هذا لفظ المطبوع من «الهداية» للمَرْغِيناني [٣/٢٠٠]، وهو المُثْبت في نسخة الأَرْزَكانِيِّ مِن «الهداية» [٢/ق٩٥/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا]، وكذا في نسخة البَايسُوني من «الهداية» [ق/٢٤٩/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا]. وفي نسخة الشَّهْرَكَنْديِّ (المقروءة علىٰ أكمل الدين البابرتيِّ) من «الهداية» [ق/٢١٦/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا]. وفي نسخة القاسِمِيِّ مِن «الهداية» [ق/٢١٢/أ/ مخطوط مكتبة كوبريلي فاضل أحمد باشا ـ تركيا]، وفي نسخة القَسْطمونيِّ مِن «الهداية» [٢/ق٩٤/ب/ مخطوط مكتبة ولي الدين أفندي ـ تركيا].

وإِذَا رَبِحَ فَهُوَ شَرِيكٌ فِيهِ لِتَمَلُّكِهِ جُزْءًا مِنَ الْمَالِ بِعَمَلِهِ، فَإِذَا فَسَدَتْ ظَهَرَتِ الْإِجَارَةُ حَتَّىٰ اسْتَوْجَبَ الْعَامِلُ أَجْرَ مِثْلِهِ، وَإِذَا خَالَفَ كَانَ غَاصِبًا لِوُجُودِ التَّعَدِّي مِنْهُ عَلَىٰ مَالِ غَيْرِهِ.

غاية البيان

وقولُنا: لا علىٰ وَجْهِ البدلِ؛ احترازٌ عن المَقْبُوضِ علىٰ سَوْمِ الشِّراءِ، فإنه مَضْمُونٌ بالقِيمةِ.

وقولُنا: لا علىٰ وَجْهِ الوثيقةِ؛ احترازٌ عن الرَّهْنِ، فإنه مَضْمُونٌ بالأقلِّ مِن قيمتِه ومِن الدَّيْنِ، وإذا اشْتَرَىٰ [١٣/١١٤و/د] بالمالِ فهو وَكَالَةٌ؛ لأنه تصرَّفَ في مالِ الغيرِ بأمْرِه، وإذا رَبِح صار شريكَه؛ لأنه ملَكَ جُزءًا مِن المالِ بشَرْطِ عملِه، والباقِي نماءُ مالِ المالكِ، فهو له، فكان مُشْتركًا بينَهما.

وإذا فسدَتِ المُضَاربةُ بوَجْهٍ مِن الوجوهِ؛ صارت إجَارةً؛ لأن الواجبَ فيها أجْرُ المِثْلِ؛ وذلك يَجِبُ في الإجاراتِ، وإذا خالف المُضَاربُ صار غاصبًا، وصار المالُ مَضْمُونًا عليه؛ لأنه تعدَّىٰ في مِلْكِ غيرِه، ويَكُونُ رَبحَ المالَ بعدَما صار مَضْمُونًا عليه للمُضَارِبِ، ولكن لا يَطِيبُ له عندَ أبي حنيفةَ ومحمَّدٍ.

وعندَ أبي يوسفَ: يَطِيبُ له كَالغَاصِبِ والمُودَعِ إذا تصرَّفا ورَبِحَا؛ لا يَطِيبُ لهما الرِّبْحُ علىٰ الاختلافِ [٢/٤٢٣و][1]. كذا في **«شرح الطَّحَاوِيِّ»**.

وذكَر فيه حِيلةً؛ ليَكُونَ المالُ مَضْمُونًا علىٰ المُضَاربِ، وهي أنْ يُقْرِضَ ربُّ المالِ جميعَ المالِ مِن المُضَاربِ إلا درهمًا واحدًا، ويُسَلِّمه إليه، ثم إنهما يَشْتَرِكان في ذلك شركةَ عِنَانٍ علىٰ أن يَكُونَ رأسُ مالِ المُقْرِضِ درهمًا واحدًا، ورأسُ مالِ المُسْتَقْرِضِ جميعُ ما استقرضَ علىٰ أنْ يعْمَلا جميعًا، ويَشْتَرِطُ الرِّبْحَ بينَهما، ثم

(١) ينظر: «شرح الطَّحَاوِيّ» للأَسْبِيْجَابيّ [٢/ق٢٥/ب/ مخطوط مكتبة شهيد علي - تركيا/ (رقم الحفظ: ٨١٦)].

قَالَ: **الْمُضَارَبَةُ عَقْدٌ عَلَى الشَّرِكَةِ بِمَالٍ مِنْ أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ**؛ وَمُرَادُهُ الشَّرِكَةُ فِي الرِّبْحِ، وَهُوَ يَسْتَحَقُّ بِالْمَالِ مِنْ أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ **وَالْعَمَلِ مِنَ الْجَانِبِ الْآخَرِ**، وَلَا مُضَارَبَةَ بِدُونِهَا؛ **أَلَا تَرَى** أَنَّ الرِّبْحَ لَوْ شُرِطَ كُلُّهُ لِرَبِّ الْمَالِ كَانَ بِضَاعَةً [٩٥/و]، وَلَوْ شُرِطَ جَمِيعُهُ لِلْمُضَارِبِ كَانَ قَرْضًا.

قَالَ: **وَلَا تَصِحُّ إِلَّا بِالْمَالِ الَّذِي تَصِحُّ بِهِ الشَّرِكَةُ** ....

غاية البيان

بعدَ ذلك يَعْمَلُ المُسْتَقْرِضُ خاصَّةً في المالِ، فإنْ هلكَ المالُ في يدِه؛ كان القَرْضُ [عليه](١) علىٰ حالِه، ولو رَبحَ فالرِّبْحُ بينَهما علىٰ الشَّرْطِ.

قولُه: (قَالَ: الْمُضَارَبَةُ عَقْدٌ [١٣/١١٤ظ/د] **عَلَى الشَّرِكَةِ بِمَالٍ مِنْ أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ)**، أي: قال القُدُورِيُّ في «**مختصره**»(٢).

قال صاحبُ «الهداية»: (وَمُرَادُهُ الشَّرِكَةُ فِي الرِّبْحِ)، أي: مرادُ القُدُورِيِّ ـ من قولِه: **(عَقْدٌ عَلَى الشَّرِكَةِ)** ـ: الشَّرِكَةُ في الرِّبْحِ؛ لأن المُضَارِبَ لا شركةَ له في رأسِ المالِ، وذلك لأن المَقْصُودَ مِن عَقْدِ المُضَاربةِ، هو الاشتراكُ في الرِّبْحِ، بأنْ يَكُونَ المالُ مِن [٦/٢٠٩ظ/م] جانبٍ، والعملُ مِن جانبٍ، فإنهما إذا لم يَشْرِطَا الشَّرِكَةَ في الرِّبْحِ؛ لم يَكُنِ العَقْدُ مُضَاربةً؛ لأنه حينئذٍ لا يَخْلُو: إمَّا أنْ يَشْرِطَا الرِّبْحَ جميعَه لربِّ المالِ، أو للمُضَارِبِ، فالأوَّلُ بضاعةٌ، والثاني قَرْضٌ.

قولُه: (أَلَا تَرَىٰ)، إيضاحٌ لقولِه: **(عَقْدٌ عَلَى الشَّرِكَةِ)**، وَجْهُ الإيضاحِ مَرَّ آنِفًا.

قولُه: (قَالَ: وَلَا تَصِحُّ إِلَّا بِالْمَالِ الَّذِي تَصِحُّ بِهِ الشَّرِكَةُ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «**مختصره**»(٣).

(١) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١١٣].
(٣) ينظر: المصدر السابق.

....

قال في «شرح الطَّحَاوِيِّ»: «الأصلُ في هذا: أن كلَّ مالٍ يَجُوزُ عليه عَقْدُ الشَّرِكةِ؛ يَجُوزُ عليه عَقْدُ المُضَارَبةِ مِن الدراهمِ والدنانيرِ والفُلُوسِ علىٰ الاختلافِ، أو الْغِطْرِيفِيَّةِ[1] في الموضعِ الذي تَرُوجُ كما تَرُوجُ الدراهمُ، [أو التِّبْرُ في الموضعِ الذي تَرُوجُ كما تَرُوجُ الدراهمُ][2]، وكلُّ ما لا يَجُوزُ عَقْدُ الشَّرِكةِ؛ لا يَجُوزُ عَقْدُ المُضَارَبةِ مِن العُرُوضِ التي تتَعَيَّنُ للعَقْدِ عندَنا، وعندَ ابنِ أبي لَيْلَىٰ: يَجُوزُ»[3]. إلىٰ هنا لفظُ «شرح الطَّحَاوِيِّ».

قال القُدُورِيُّ في «شرح مختصر الكَرْخِيِّ» في كتابِ الشَّرِكةِ: «وأمَّا الفُلُوسُ: فالمشهورُ عن أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ: أن الشَّرِكَةَ [١٣/١١٥و/د] والمُضَارَبةَ لا تَجُوزُ بها، وقال محمَّدٌ: إذا كانت نافقةً جاز[4].

ورَوَىٰ الحسنُ عن أبي حَنِيفَةَ: أن المُضَارَبَةَ بالفُلُوسِ جائزٌ، قال: وقال أبو يوسفَ: يَجُوزُ الشَّرِكَةُ بالفُلُوسِ، ولا يَجُوزُ المُضَاربةُ بها».

وَجهُ المشهورِ: أن الفُلُوسَ تارةً تَكُونُ ثمنًا، وتارةً تَكُونُ مَبِيعًا كالحنطةِ والشَّعيرِ، فصارت كالعُرُوضِ.

وأمَّا فرْقُ أبي يوسفَ بينَ الشَّرِكَةِ والمُضَارَبةِ: فلأنَّهُما إذا اشتركا بالفُلُوسِ وكسدَتْ؛ لَمْ يُؤَدِّ ذلك إلىٰ جَهَالَةِ الرِّبْحِ؛ لأن رأسَ المالِ يَنْقَسِمُ علىٰ عددِها عندَ

---

(١) الغِطْرِيفِيَّة: هي دراهم منسوبة إلىٰ غِطْرِيفِ بن عَطَاءِ الْكِنْدِيِّ، أمير خُرَاسَان أيام الرَّشِيد. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «شرح الطَّحَاوِيِّ» للأَسْبِيْجَابيِّ [٢/ق٢٥/ب/ مخطوط مكتبة شهيد علي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٨١٦)].

(٣) ينظر: «شرح الطَّحَاوِيِّ» للأَسْبِيْجَابيِّ [٢/ق٢٥/ب/ مخطوط مكتبة شهيد علي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٨١٦)].

(٤) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٨٣].

....

الشِّراءِ بها، فيَصيرُ المالُ كلُّه بينَهُما على ذلك.

فأمَّا المُضَارَبةُ: فلا بُدَّ مِن استرجاعِ رأسِ المالِ، فإذا كسدَتْ؛ أُخِذَ رأسُ المالِ بِالقِيمةِ وذلك مَجْهُولٌ، فلَمْ يَصِحَّ.

وقال القُدُورِيُّ أيضًا في «كتابِ المُضَارَبةِ» مِن «**شرح الكَرْخِيِّ**»[1]: «قال أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ: المُضَارَبةُ جائزةٌ عندَ المسلمين جميعًا بالدراهمِ والدنانيرِ، واختلفوا في غيرِها من سائرِ الأموالِ، فقال أبو حنيفةَ ومحمدٌ والحسنُ بنُ زيادٍ: هي أيضًا جائزةٌ بالفُلُوسِ إذا كانت نافقةً بينَ الناسِ، يَتَعاملون بها في تجارتِهم.

وقال أبو يوسفَ: لا يَجُوزُ المُضَارَبةُ بالفُلُوسِ على حالٍ، **وهو المعمولُ عليه مِن قولِه عندِي**، روَاه أصحابُ «**الإملاء**» ومحمَّدٌ في «**إملائه**»، ورَوَى عنه محمدٌ في «**المُضاربة** [٦/٢١٠و/م] **الكبيرة**» خلافَ ذلك».

ثم قال القُدُورِيُّ: «**والصحيحُ** مِن قولِ أبي يوسفَ: أن المُضَارَبةَ بها [في روايةٍ][2]: [١٣/١١٥ظ/د] لا تَجُوزُ؛ لأن من مذهبِه: أنها[3] تتَعَيَّنُ [٢/٤٢٣ظ] بكلِّ حالٍ.

فأمَّا عندَ محمَّدٍ: فإنها لا تَتَعَيَّنُ كالدراهمِ والدنانيرِ.

وعن أبي حنيفةَ روايتان في المُضَاربةِ بها، في روايةٍ: لا تَجُوزُ؛ لأنها تتَعَيَّنُ كالعُرُوضِ، **وفي الأخرَى:** تَجُوزُ؛ لأنها لا تَتَعَيَّنُ في الشِّراءِ والبَيْعِ إذا لَمْ تُقابلْ جنسَها، فصارت كالدراهمِ والدنانيرِ[4].

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٨٣].

(٢) ما بين المعقوفتين: سقط من النسخة الأم «د»، و«م».

(٣) وقع بالأصل: «إنما». والمثبت من: النسخة الأم «د»، و«ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

(٤) وقع بالأصل: «كالدراهم والدراهم». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

وَقَدْ تَقَدَّمَ بَيَانُهُ مِنْ قَبلُ.

وَلَوْ دَفَعَ إِلَيْهِ عَرْضًا، وَقَالَ: بِعْهُ وَاعْمَلْ مُضَارَبَةً فِي ثَمَنِه؛ جازَ؛ لِأَنَّهُ يَقْبَلُ

وأمَّا تبرُ الذهبِ والفضةِ: فقد ذكَر في المُضَارَبةِ: أن المُضَارَبةَ لا تَجُوزُ، وأجْرَاه في كتابِ الصَّرْفِ مَجْرَىٰ الدراهمِ، وهذا مَبْنِيٌّ علىٰ وقوعِ التعاملِ به.

فأمَّا الزُّيُوفُ والنَّبَهْرَجَةُ: فيَجُوزُ المُضَاربةُ بها، ذكَره محمَّدٌ؛ لأنها لا تَتَعَيَّنُ بِالعَقْدِ كالجِيادِ.

فأمَّا السَّتُّوقَةُ: فإنْ كانت لا تَرُوجُ فهي كالعُروضِ، وإنْ كانت تَرُوجُ فهي كالفلوسِ.

وقد ذكر ابنُ سماعةَ عن أبي يوسفَ: أن المُضَارَبةَ لا تَجُوزُ بالدراهمِ البُخَارِيَّةِ؛ لأنها كسدَتْ عندَهم»[(١)]. كذا ذكَر القُدُورِيُّ في «شرحه».

قولُه: (وَقَدْ تَقَدَّمَ بَيَانُهُ مِنْ قَبلُ)، أي: في «كتابِ الشَّرِكَةِ»، وقد استقصَيْنا بيانَه ثَمَّةَ.

قولُه: (وَلَوْ دَفَعَ إِلَيْهِ عَرْضًا، وَقَالَ: بِعْهُ وَاعْمَلْ مُضَارَبَةً فِي ثَمَنِه؛ جَازَ)، ذكرَ هذا تفريعًا علىٰ مسألةِ القُدُورِيِّ، يعني: بهذا وَجَّه الحِيلةَ في جوازِ المُضَارَبةِ بالعُروضِ، ووَجْهُها هذا.

وحِيلةٌ أُخرىٰ ذكرَها الخَصَّافُ في كتابِ «الحِيَل» وقال: «قُلْتُ: أرأيتَ رَجُلًا أراد أنْ يُدْفَعَ إلىٰ رَجُلٍ مُضَارَبَةً، وليس عندَه إلا متاعٌ كيفَ يَصْنَعُ؟ قال: يَبِيعُ المَتَاعَ [١٣/١١٦و/د] مِن رَجُلٍ يَثِقُ به، ويَقْبِضُ المالَ، فيدفعُه إلىٰ المُضَارِبِ مُضَارَبَةً، ثم يَشْتَرِي المُضَارِبُ هذا المَتَاعَ مِن الرَّجُل الذي ابتاعه مِن صاحبِه».

قال القُدُورِيُّ في «شرح مختصر الكَرْخِيِّ»[(٢)]: «وأمَّا المُضَارَبَةُ بالعُروضِ:

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٨٣].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٨٣].

الْإِضَافَةَ مِنْ حَيْثُ أَنَّهُ تَوْكِيلٌ وَإِجَارَةٌ، فَلَا مَانِعَ مِنَ الصِّحَّةِ، ....

فلا تَجُوزُ عندَنا. **وقال مالكٌ**: تَجُوزُ[1]».

وقال صاحبُ «**الهداية**» في كتابِ الشَّرِكَةِ: (**وَقَالَ مَالِكٌ: تَجُوزُ الشَّرِكَةُ بِالْعُرُوضِ، وَالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ أَيْضًا إِذَا كَانَ الْجِنْسُ وَاحِدًا**) بخلافِ المُضَارَبةِ.

فيُفْهَمُ مِن ذلك: أن المُضَارَبةَ بالعُروضِ لا تَجُوزُ عندَ مالكٍ أيضًا، ويَحْتَمِلُ اختلافُ الروايَتَيْنِ، وكان **الأصحُّ** عدمَ الجوازِ؛ لأن صاحبَ كتابِ «**التفريع**»[2] صَرَّح فيه بعدمِ جوازِ المُضَارَبةِ بالعُرُوضِ، ولم يَذْكُرْ غيرَ ذلك.

قال الفقيهُ أبو الليثِ: «وفي قولِ ابنِ أبي لَيْلَى: جازتِ المضاربةُ بالعُرُوضِ».

[٦/٢١٠ظ/م] **وَجهُ قولِ مالكٍ في الجوازِ**: أن العَرْضَ مالٌ مُتَقَوِّمٌ يَجُوزُ الاسترباحُ عليه عادةً بالتجارةِ، فيكونُ كالدراهمِ والدنانيرِ فيما هو المَقْصُودُ مِن العَقْدِ».

ولنا: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ «**نَهَى عَنْ رِبحِ مَا لَمْ يُضْمَنْ**»[3]، فلو جاز هذا العَقْدُ بالعُرُوضِ؛ لزِم ذلك، فلا يَجُوزُ.

بيانُه: أن المُضَاربَ لو باع العُرُوضَ، فهلكتِ العُرُوضُ في يدِه؛ لَمْ يَضْمَنْها؛ لأن العَرْضَ أَمَانةٌ عندَه، إنْ سَلِم تَمَّ البَيْعُ، وإنْ هلَك في يدِه بَطَلَ البَيْعُ، فإذا لم يَكُنِ العَرْضُ مَضْمُونًا عليه؛ فالرِّبْحُ الحاصلُ منه يَكُونُ رَبحَ ما لَمْ يُضْمَنْ، وهو حرامٌ للنهْيِ.

وقد قال محمدٌ في «الأصل»: «بلَغنا عن إبراهيمَ النَّخَعِيِّ والحسنِ البَصْرِيِّ

---

(١) **بل مذهب مالك**: هو مَنْع المُضاربة بالعُروض. ينظر: «الكافي في فقه أهل المدينة» لابن عبد البر [٧٧٢/٢]. و«حاشية الدسوقي على الشرح الكبير» [٥١٩/٣]. و«شرح مختصر خليل» للخرشي [٢١٦/٦].

(٢) ينظر: «التفريع في فقه الإمام مالك» لابن الجلاب [١٥٧/٢].

(٣) مضى تخريجه.

....

أنهما قالا: لا تَكُونُ المُضَارَبةُ بالعُرُوضِ، إنما تَكُونُ بالدراهمِ والدنانيرِ»[١]، ولأن قِيمةَ العُرُوضِ مختلفةٌ، واختلافُها يَدُلُّ على جَهَالَةِ [١٣/١١٦ظ/د] الرِّبْحِ، وذلك لا يَجُوزُ، وذلك لأن الرِّبْحَ لا يَتَبَيَّنُ إلا بعدَ تحصيلِ رأسِ المالِ، وقِيمَةُ رأسِ المالِ تُعْرَفُ بالحَزْرِ والظنِّ، والمُضَارَبةُ إذا كانت بربحٍ مَجْهُولٍ لا تَجُوزُ، ولأنه لو قال: بِعْ ثيابي على أن ثمنَها لك؛ لَمْ يَجُزْ، فكذلك إذا جعلَ له جزءًا مِن الثَّمَنِ.

وليس كذلك الدراهمُ والدنانيرُ؛ لأنه لو قال: اشتَرِ بها على أن جميعَ ما تَشْتَرِيه لك جاز، وكذلك إذا جعَل له جزءًا منه، ولكن لو دفَع إليه عُرُوضًا، فقال [٢/٤٢٤و] له: بِعْها واعمَلْ بثمنِها مُضَاربةً، فباعَها بدراهمَ أو دنانيرَ جاز.

وقال في «**شرح الأقطع**»: «**وقال الشَّافعيُّ**: لا يَجُوزُ[٢]»[٣].

لنا: أنه أضاف المُضَاربةَ إلى الثَّمَنِ لا العُرُوضِ، والثَّمَنُ يَصِحُّ به المُضَارَبةُ، والمُضَاربةُ تَقْبَلُ الإضافةَ؛ لأن فيها معنى التَّوْكِيلِ والإِجَارةِ.

قيل: إن المسألةَ مبنِيَّةٌ على جوازِ تعليقِ الوَكَالَةِ بالخطَرِ، وأَوْرَدَ الشيخُ أبو نصرٍ سؤالًا وجوابًا؛ فقال:

«**فإنْ قيل**: إن المُضَاربةَ لا تَنْعَقِدُ في مالٍ مَجْهُولٍ؛ فلا يَتَعَلَّقُ بشرطٍ كَالبَيْعِ.

قيل له: المَقْصُودُ بالبَيْعِ: المِلْكُ؛ وذلك لا يَقِفُ على شرْطٍ، فكذلك العَقْدُ، والمَقْصُودُ مِن المُضَارَبةِ: الرِّبْحُ، وذلك يَقِفُ على شرْطٍ، فجاز أنْ يَقِفَ العَقْدُ على

---

(١) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٤/١٣٧/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٢) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٧/٣٠٧]، و«المهذب في فقه الإمام الشافعي» للشيرازي [٢/٢٢٦]، و«النجم الوهاج في شرح المنهاج» للدَّمِيري [٥/٢٦٠].

(٣) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٣٤٥].

وَكَذَا إِذَا قَالَ لَهُ: اقْبِضْ مَالِي الَّذِي عَلَىٰ فُلَانٍ، وَاعْمَلْ بِهِ مُضَارَبَةً؛ جَازَ

شَرْطٍ أيضًا، فإنْ باعَها بمَكِيلٍ أو مَوْزُونٍ؛ جاز البَيْعُ عندَ أبي حنيفةَ، بناءً علىٰ أصْلِه: أن الوَكِيلَ يَجُوزُ أنْ يَبِيعَ بالأثمانِ وغيرِها، والمُضَارَبةُ فَاسِدَةٌ؛ لأنها صارَتْ مضافةً إلىٰ الحِنْطَةِ والشَّعِيرِ، فأمَّا علىٰ قولِ أبي يوسفَ ومحمَّدٍ: فالبَيْعُ لا يَجُوزُ؛ لأن مِن أصْلِهما: أن الوَكِيلَ بالبَيْعِ [١٣/١١٧و/د] لا يَبِيعُ بغيرِ الأَثْمانِ».

وقال شمسُ الأئمَّةِ السَّرَخْسِيُّ في «مبسوطه»: «إن المُضَارَبَةَ بالمكيلِ والمَوْزُونِ [٦/٢١١و/م] غيرِ النُّقُودِ جائزةٌ عندَ ابنِ أبي ليلىٰ»[١].

والدليلُ مِن الطرفَيْنِ: ما بَيَّنَّا مِن طَرَفِنا، وطَرَفِ مالكٍ رضي الله عنه في العُرُوضِ.

قولُه: (وَكَذَا إِذَا قَالَ [لَهُ][٢]: **اقْبِضْ مَالِي الذي عَلَىٰ فُلَانٍ، وَاعْمَلْ بِهِ مُضَارَبَةً؛ جَازَ**)، ذكر هذا تفريعًا علىٰ مسألةِ القُدُورِيِّ.

اعلم: أن المُضَارَبَةَ برأسِ مالٍ هو دَيْنٌ لا يَجُوزُ، نحوُ ما إذا قال: اعمَلْ بالدَّيْنِ الذي في ذمَّتِكَ مُضَارَبَةً بالنصفِ.

وأمَّا إذا قال: اقبضِ الدَّيْنَ الذي لي علىٰ فلانٍ، واعمَل به مُضَارَبَةً جاز.

وتمامُ البيانِ فيه: ما ذكرَه شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ في **«شرح الكافي»** للحاكمِ الشهيدِ قُبَيْلَ بابِ اشتراطِ الرِّبْحِ لغيرِهما[٣]: «ولو كان لرَجُلٍ علىٰ رَجُلٍ دَيْنٌ، فأمَرَه أن يعملَ به مُضَارَبَةً، ويَشْتَرِيَ به ما بدا له مِن المَتَاعِ ويَبِيعَه، فما كان مِن فضْلٍ؛ فهو بينَهما نصفانِ، فهذا فَاسِدٌ؛ لأن الدَّيْنَ الذي عليه لا يَصْلُحُ رأسَ مالِ المُضَارَبَةِ؛ لكونِه مَضْمُونًا عليه، ومِن شَرْطِ المُضَارَبَةِ: كونُ رأسِ المالِ

---

(١) ينظر: «المبسوط» للسرخسيّ [٢٢/٣٣].

(٢) **ما بين المعقوفتين:** زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

(٣) وقع بالأصل: «بغيرهما». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

لِمَا قُلْنَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: اعْمَلْ بِالدَّيْنِ الَّذِي فِي ذِمَّتِكَ ....

غاية البيان

أَمَانَةً عندَه، وما اشْتَرَىٰ فهو مُشْترٍ لنفسِه ورِبْحُه له، ولا شيءَ لربِّ المالِ فيه في قولِ أبي حنيفةَ، ودَيْنُه عليه علىٰ حالِه.

وقال أبو يوسفَ ومحمَّدٌ: ما اشْتَرَىٰ وباع مِن ذلك فهو لربِّ المالِ، وبَرِئَ المُضَارِبُ مِن دَيْنِه، وللمُضارِبِ علىٰ ربِّ المالِ مِثْلُ أجْرِ عَمَلِه؛ لأن المُضَارَبَةَ إن فسدَتْ؛ بقِيَ أمرًا بِالشِّرَاءِ له بما عليه، وذلك بَاطِلٌ [١٣/١١٧ظ/د] عندَ أبي حنيفةَ، فيصيرُ مُشْتريًا لنفسِه.

وعندَهما: الأمرُ به صحيحٌ[١]، فيصيرُ مُشْتريًا للآمرِ، وقد أطْعمه في مقابلةِ عملِه شيئًا، ولم يَصِحَّ، فيَلْزَمُ ربَّ المالِ أجْرُ مِثْلِ عمَلِه، ولو كان الذي أمَر بِالشِّرَاءِ منه معلومًا؛ يَصِحُّ الشِّرَاءُ للآمِرِ بالإجماعِ. والمسألةُ بدلائِلها مذكورةٌ في البيوعِ».

ولو قال ربُّ المالِ لرَجُلٍ: اقبِضْ ما لي علىٰ فلانٍ، ثم اعملْ به مُضَارَبةً بالنصفِ؛ فهو جائزٌ بالإجماعِ؛ لأنه ما عَقَد عَقْدَ المُضَارَبَةِ في الحالِ، إنما عقَدَه بعدَ قَبْضِ المالِ، والمالُ بعدَ القَبْضِ يَصْلُحُ مالَ المُضَارَبَةِ، وأنه عَقدٌ يَحْتَمِلُ الإضافةَ إلىٰ زمانٍ في المستقبَلِ؛ لأنه تَوْكِيلٌ». واللهُ أعلَمُ. كذا في «**شرح الكافي**».

قولُه: (لِمَا قُلْنَا)، إشَارةٌ إلىٰ قولِه: **(لِأَنَّهُ يَقْبَلُ الْإِضَافَةَ)**؛ لأنه تَوْكِيلٌ، والتَّوْكِيلُ يَقْبَلُ الإضافةَ إلىٰ زمانٍ، ولهذا قال في وَكَالَةِ «**الطَّحَاوِيِّ**»: «إذا وكَّلَه بِبَيْعِ عبْدِه غدًا كان وَكِيلًا في الغدِ وفيما بعْدَه، ولا يَكُونُ وَكِيلًا فيما قبْلَ ذلك [٢/٢٤٤ظ]، وكذلك الإِجَارةُ تَقْبَلُ الإضافةَ؛ ولهذا إذا قال: إذا جاء رأسُ الشهرِ فقد آجَرْتُك هذه الدَّارَ؛ يَجُوزُ»[٢].

---

(١) وقع بالأصل: «به الصحيح». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

(٢) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/١٠٩].

حَيْثُ لَا تَصِحُّ الْمُضَارَبَةُ، لِأَنَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لَا يَصِحُّ هَذَا التَّوْكِيلُ **عَلَىٰ مَا مَرَّ فِي الْبُيُوعِ**. وَعِنْدَهُمَا يَصِحُّ، لَكِنْ يَقَعُ الْمِلْكُ فِي الْمُشْتَرَىٰ لِلْآمِرِ فَيَصِيرُ مُضَارَبَةً بِالْعَرْضِ.

قَالَ: وَمِنْ شَرْطِهَا: **أَنْ يَكُونَ الرِّبْحُ بَيْنَهُمَا مُشَاعًا، لَا يُشْتَرَطُ لِأَحَدِهِمَا دَرَاهِمُ مُسَمَّاةٌ مِنَ الرِّبْحِ**؛ لِأَنَّ شَرْطَ ذَلِكَ يَقْطَعُ الشَّرِكَةَ بَيْنَهُمَا، وَلَا بُدَّ مِنْهَا كَمَا فِي عَقْدِ الشَّرِكَةِ.

غاية البيان

قولُه: (حَيْثُ لَا تَصِحُّ الْمُضَارَبَةُ)، أي: بالاتِّفاقِ.

قولُه: (عَلَىٰ مَا مَرَّ [٢١١/٦ظ/م] **فِي الْبُيُوعِ)**، أي: في بيوعِ الوَكَالَةِ، وذلك إِشَارَةٌ إلىٰ ما ذكرَ في بابِ الوَكَالَةِ بالبَيْعِ والشِّرَاءِ عندَ قولِه: **(وَمَنْ لَهُ عَلَىٰ آخَرَ أَلْفٌ، فَأَمَرَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِهَا هَذَا الْعَبْدَ، فَاشْتَرَاهُ جَازَ)**... إلىٰ آخرِه.

قولُه: (قَالَ: وَمِنْ شَرْطِهَا: أَنْ يَكُونَ الرِّبْحُ بَيْنَهُمَا مُشَاعًا، لَا يُشْتَرَطُ لِأَحَدِهِمَا دَرَاهِمُ مُسَمَّاةٌ مِنَ الرِّبْحِ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «**مختصره**»[1].

وذلك لأن المَقْصُودَ مِن عَقْدِ المُضَارَبَةِ: هو الشَّرِكَةُ في الرِّبْحِ، فإذا اشْتُرِطَ لأحدِهما دراهمُ مُسمَّاةٌ كالمئةِ ونحوِها؛ تفْسُدُ [١١٨/١٣و/د] المُضَارَبَةُ؛ لأن شَرْطَ ذلك يُفْضِي إلىٰ قَطْعِ الشَّرِكَةِ؛ لأنه ربَّما لا يَكُونُ الرِّبْحُ إلا ذلك القَدْرَ، فلا يَبْقَىٰ للآخرِ شيءٌ مِن الرِّبْحِ.

قال شمسُ الأئمَّةِ البَيْهَقِيُّ في «الكفاية[2]»: «شرْطُه أنْ يَكُونَ قدرًا معلومًا مُشاعًا مِن كلِّ الرِّبْحِ، مِثْلُ: الثلثِ والربعِ، فإنْ شُرِطَ لأحدِهما مئةٌ مِن الرِّبْحِ مثلًا، أَوْ مئةٌ معَ الثلثِ، أَوْ الثلثِ إلا مئةً، والباقي للآخَرِ؛ لَمْ تَجُزِ المُضَارَبَةُ؛ لأنه يُؤَدِّي

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١١٣].

(٢) وقع بالأصل: «الكفالة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

قَالَ: فَإِنْ شُرِطَ لِأَحَدِهِمَا زِيَادَةُ عَشَرَةٍ؛ فَلَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ؛ لِفَسَادِهِ، فَلَعَلَّهُ لَا يَرْبَحُ إِلَّا هَذَا الْقَدْرَ فَيَنْقَطِعُ الشَّرِكَةُ فِي الرِّبْحِ،؛ وَهَذَا لِأَنَّهُ ابْتَغَى عَنْ مَنَافِعِهِ

إلى قَطْعِ الشَّرِكَةِ في الرِّبْحِ؛ لجوازِ ألَّا يَرْبَحَ إلا ذلك القَدْرَ.

ثم الشَّرْطُ الفَاسِدُ على وجْهَيْنِ: إنْ أَدَّى إلى جَهَالَةِ الرِّبْح فسدَتِ المُضَارَبَةُ؛ لأنه المَقْصُودُ، وإنْ لَمْ يُؤَدِّ صحَّتْ وبَطَلَ الشَّرْطُ، مِثْلُ أنْ يَشْرِطَا الوَضِيعَةَ على المُضَارَبةِ، وهذا لأن ما تَقِفُ صحَّتُه على القَبْضِ؛ لا يَبْطُلُ بالشَّرْطِ الفَاسدِ ما أمْكَنَ، كَالْهِبَةِ والرَّهْنِ؛ ولأنها وَكَالَةٌ [مَعْنًى، والوَكَالَةُ][1] لا يُبْطِلُها الشَّرْطُ الفَاسِدُ».

وقال في «الفتاوى الصغرى»: «وإذا شرطَ للمُضاربِ[2] رِبْحَ عشرةٍ فسَدَ، لا [لأنه شرْطٌ فَاسِدٌ، لكن][3] لأنه شرْطٌ تنْتَفِي به الشَّرِكَةُ عسى»[4].

قولُه: (فَإِنْ شُرِطَ لِأَحَدِهِمَا زِيَادَةُ عَشَرَةٍ؛ فَلَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ)، أي: قال في «الجامع الصغير».

وصورتُها فيه: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفةَ: في رَجُلٍ دفَع إلى رَجُلٍ ألفَ درهمٍ مُضَاربةً على أن الرِّبْحَ بينَهما نصفانِ، وعلى أن للذي[5] أخَذَ المالَ مُضَارَبةً زيادةً مِن الرِّبْحِ عشرةُ دراهمَ، قال: لا [١١٨/١٣ظ/د] خيرَ في هذا، وله أجْرُ مِثْلِه فيما عمِل»[6]. إلى هنا لفْظُ محمدٍ في أصلِ «الجامع الصغير».

وذلك لأن المُضَارَبَةَ عَقْدٌ على الشَّرِكَةِ، فما أَدَّى إلى قَطْعِ الشَّرِكَةِ كان فاسداً؛

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».
(٢) وقع بالأصل: «المُضَارِب». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».
(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».
(٤) ينظر: «الفتاوى الصغرى» للصدر الشهيد [ق/٢٨٩].
(٥) وقع بالأصل: «الذي». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».
(٦) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٢٧].

عِوَضًا وَلَمْ يَنَلْ لِفَسَادِهِ، وَالرِّبْحُ لِرَبِّ الْمَالِ؛ لِأَنَّهُ نَمَاءُ مِلْكِهِ، **وَهَذَا هُوَ الْحُكْمُ فِي كُلِّ مَوْضِعٍ لَمْ تَصِحَّ الْمُضَارَبَةُ وَلَا يُجَاوَزُ بِالْأَجْرِ الْقَدْرُ الْمَشْرُوطُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ خِلَافًا لِمُحَمَّدٍ، كَمَا بَيَّنَّا فِي الشَّرِكَةِ، وَيَجِبُ الْأَجْرُ وَإِنْ لَمْ يَرْبَحْ فِي رِوَايَةِ**: «**الْأَصْلِ**»؛ لِأَنَّ أَجْرَ الْأَجِيرِ يَجِبُ بِتَسْلِيمِ الْمَنَافِعِ أَوِ الْعَمَلِ وَقَدْ وُجِدَ.

﴿ غاية البيان ﴾

لفَوَاتِ المَقْصُودِ مِن عَقْدِ المُضَارَبَةِ، وهذا الشَّرْطُ يُؤدِّي إلىٰ قَطْعِ الشَّرِكَةِ، فيَكُونُ العَقْدُ فاسداً؛ لأنه ربَّما لا يَرْبَحُ إلا هذا القَدْرَ، فلا يَحْصُلُ للآخرِ شيءٌ.

وإذا فسدَتِ المُضَارَبةُ؛ كان للعاملِ أجْرُ مِثْلِ عمَلِه؛ لأنه ابتغَىٰ لعملِه عِوَضًا، فإذا لم يَسْلَمْ له ذلك ـ لفسادِ العَقْدِ ـ كان له أجْرُ المِثْلِ، كما في الإِجَارةِ الفَاسِدَةِ. ومعنىٰ **قولِه**: (**زِيَادَةُ عَشَرَةٍ**)، أي: من نِصْفِ صاحبِه.

قولُه: (**وَهَذَا هُوَ الْحُكْمُ فِي كُلِّ مَوْضِعٍ لَمْ تَصِحَّ** [٦/٢١٢و/م] **الْمُضَارَبَةُ**)، أي: وجوبُ أجْرِ المِثْلِ للعاملِ.

قولُه: (**وَلَا يُجَاوَزُ بِالْأَجْرِ الْقَدْرُ الْمَشْرُوطُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ خِلَافًا لِمُحَمَّدٍ، كَمَا بَيَّنَّا فِي الشَّرِكَةِ**)، يَعْنِي: عندَ محمَّدٍ: يَجِبُ الأجْرُ بالغًا ما بلَغ، كما في الشَّرِكَةِ علىٰ الاحتطابِ والاحتشاشِ، وقد مَرَّ البيانُ ثَمَّةَ.

قولُه: (**وَيَجِبُ الْأَجْرُ وَإِنْ لَمْ يَرْبَحْ فِي رِوَايَةِ «الْأَصْلِ»**)، يَعْنِي: يَجِبُ أجْرُ المِثْلِ في المُضَارَبةِ الفَاسِدَةِ، سواءٌ رَبِح أوْ لَمْ يَرْبَحْ علىٰ روايةِ «**الأصل**»[1].

ووجهُ ذلك: أن المُضَارِبَ يَكُونُ في معنىٰ الأجيرِ إذا فسدَتِ المُضَارَبةُ، ثم الأجيرُ إنما يَسْتَحِقُّ الأُجْرةَ إمَّا بتسليمِ المنافعِ، كما في أجيرِ الوَحْدِ[2]، فإنه يُسَلِّمُ

(١) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٤/١٢٣/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٢) **أجيرُ الوَحْد** ـ علىٰ الإضافة ـ: خلافُ الأجير المُشْتركِ فيه، مِن «الوَحْد»، بمعنىٰ الوحيد، ومعناه: أجيرُ المُستأجِر الواحدِ، وفي معناه: الأجيرُ الخاصُّ. ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزي [٢/٣٤٤].

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يَجِبُ؛ اعْتِبَارًا بِالْمُضَارَبَةِ الصَّحِيحَةِ مَعَ أَنَّهَا فَوْقَهَا، وَالْمَالُ فِي الْمُضَارَبَةِ الْفَاسِدَةِ غَيْرُ مَضْمُونٍ بِالْهَلَاكِ؛ اعْتِبَارًا بِالصَّحِيحَةِ،

غاية البيان

نفسَه، وفي تسليمِ نفسِه تسليمُ المنافعِ، وإمَّا بتسليم [١١٩/١٣و/د] العملِ، كما في الأجيرِ المشتركِ، وقد وُجِدَ تسليمُ المنافعِ والعملِ جميعًا، فيَسْتَحِقُّ الأَجْرَ [٤٢٥/٢و]، ولكن لا يَسْتَحِقُّ الأجْرَ المُسَمَّىٰ لفسادِ العَقْدِ، فيَسْتَحِقُّ أَجْرَ المِثْلِ.

ورَوَىٰ في «العيون»: «عن أبي يوسفَ: إنْ لم يَرْبَحْ شيئًا فلا أَجْرَ له»(١).

ووجهُ ذلك: الاعتبارُ بِالمُضَارَبةِ الصحيحةِ؛ لأنه ثَمَّ لا يَجِبُ شيءٌ إذا لم يَكُنِ الرِّبْحُ، ففي الفَاسِدةِ أَوْلَىٰ أَلَّا يَجِبَ؛ لأن الصحيحةَ فوقَها في إمضاءِ الحُكْمِ واسْتِحْقَاقِ الرِّبْحِ.

قولُه: (وَالْمَالُ فِي الْمُضَارَبَةِ الْفَاسِدَةِ غَيْرُ مَضْمُونٍ بِالْهَلَاكِ؛ اعْتِبَارًا بِالصَّحِيحَةِ)، ذكَره تفريعًا.

قال الشيخُ أبو جعفرٍ الطَّحَاوِيُّ في «مختصره»: «والمُضَارِبُ في المُضَارَبَةِ الفَاسِدَةِ كالأجيرِ فيها، فإنْ ضاع منه المالُ وهو علىٰ ذلك؛ فلا ضَمانَ عليه في قولِ أبي حنيفةَ، وبه نَأْخُذُ، وعليه الضَّمانُ فيه في قولِ أبي يوسفَ ومحمَّدٍ»(٢). إلىٰ هنا لفْظُ الطَّحَاوِيِّ.

وقد ذكَر الاختلافَ كما تَرَىٰ، ولَمْ يَذْكُرِ الاختلافَ في ظاهرِ الروايةِ، وجعَله أَمَانةً كما في المُضَارَبةِ الصحيحةِ.

وجملةُ البيانِ هنا: ما ذكَر شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ في «شرح الكافي» فقال: «ولو قال: ما رزَق اللهُ تَعالىٰ مِن شيءٍ؛ فللمُضارِبِ مئةُ درهمٍ، فهذه

(١) ينظر: «عُيُون المسائل» لأبي الليث السمرقنْدِيِّ [ص/٣٩٦].
(٢) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/١٢٥].

وَلِأَنَّهُ عَيْنٌ مُسْتَأْجَرَةٌ فِي يَدِهِ، **وَكُلُّ شَرْطٍ يُوجِبُ جَهَالَةً فِي الرِّبْحِ يُفْسِدُهُ** لِاخْتِلَالِ مَقْصُودِهِ، وَغَيْرُ ذَلِكَ مِنَ الشُّرُوطِ الْفَاسِدَةِ لَا يُفْسِدُهَا، وَيَبْطُلُ الشَّرْطُ كَاشْتِرَاطِ الْوَضِيعَةِ عَلَى الْمُضَارِبِ.

غاية البيان

مُضَارِبةٌ فَاسِدَةٌ [١٣/١١٩ظ/د]؛ لأنه يُوهِمُ قَطْعَ الشَّرِكَةِ؛ لأنه عسى لا يَرْبَحُ إلا مئةً، ومتى فسدَتِ المُضَارِبةُ؛ انقلَبتْ إجَارَةً فَاسِدَةً، حتى لو عمِلَ على ذلك فرَبِحَ مالًا، أوْ لَمْ يَرْبَحْ شيئًا؛ فله أجْرُ مِثْلِ عملِه، وليس له مِن الرِّبْحِ شيءٌ.

وهل يُجَاوَزُ نِصْفُ الرِّبْحِ؟ يَنْبَغِي أن يَكُونَ على الخلافِ الذي ذكَرْناه في شركةِ الاحْتِطَابِ والاحْتِشَاشِ: أن المجموعَ يَكُونُ للجامعِ، وللآخرِ أجْرُ مِثْلِه؛ لا يُجَاوَزُ نِصْفُ المجموعِ عندَ أبي يوسفَ، وعندَ محمَّدٍ: يَجِبُ بالغًا ما بلَغ؛ لأنه لا يُمْكِنُ تقديرُه بنِصْفِ الرِّبْحِ، وليس له مِن الرِّبْحِ شيءٌ؛ لأنه أجيرٌ.

ولو وُضِعَ المالُ أوْ تَلِفَ المالُ: فلا ضَمانَ عليه؛ لأنه أمينٌ، وقيل: هذا على قولِ أبي حنيفةَ، وعندَهما: يَكُونُ مَضْمُونًا؛ لأنه بمنزلةِ الأجيرِ المشتركِ، والأصحُّ: أنه لا ضَمانَ عليه على قولِ الكُلِّ؛ لأنه أخَذَ بحُكْمِ المُضَارَبةِ، والمالُ في يدِ المُضَارِبِ - [٦/٢١٢ظ/م] صحَّتْ المُضَارَبةُ أوْ فسَدَتْ - يَكُونُ أَمَانةً، وهذا لأنه لَمَّا قصدَ أنْ يَكُونَ المالُ مُضَاربةً عندَه؛ فقد قصدَ أن يَكُونَ أمينًا، وله ولايةُ جَعْلِه أمينًا، وكذا كلُّ مُضَارَبةٍ فَاسِدَةٍ عمِل بها المُضَارِبُ فرَبِحَ أوْ وُضِعَ؛ فله أجْرُ مِثْلِه، ولا رِبحَ له، والرِّبْحُ لربِّ المالِ». إلى هنا لَفْظُ «**شرح الكافي**».

قولُه: (**وَكُلُّ شَرْطٍ يُوجِبُ جَهَالَةً فِي الرِّبْحِ يُفْسِدُهُ**)، أي: يُفْسِدُ عقْدَ [١٣/١٢٠و/د] المُضَارَبةِ.

ذكَر هذا الأصلَ: لبيانِ أن الشَّرْطَ الفَاسِدَ في بابِ المُضَارَبةِ على ضربَيْنِ: فما أوْجَبَ جَهَالَةً في الرِّبْحِ؛ أفسَد العَقْدَ؛ كاشتراطِ زيادةِ العشرةِ لأحدِهما، وما

قَالَ: وَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ الْمَالُ مُسَلَّمًا إِلَى الْمُضَارِبِ، لَا يَدَ لِرَبِّ الْمَالِ فِيهِ؛ لِأَنَّ الْمَالَ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّسْلِيمِ إِلَيْهِ، وَهَذَا بِخِلَافِ الشَّرِكَةِ؛ لِأَنَّ الْمَالَ فِي الْمُضَارَبَةِ مِنْ أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ وَالْعَمَلَ مِنَ الْجَانِبِ الْآخَرِ، [٩٥/ظ] فَلَا بُدَّ مِنْ أَنْ يَخْلُصَ الْمَالُ لِلْعَامِلِ لِيَتَمَكَّنَ مِنَ التَّصَرُّفِ فِيهِ.

غاية البيان

لَم يُوجِبْهَا؛ لا يُفْسِدُ العَقْدَ، كشَرطِ الوَضِيعَةِ على المُضَارِبِ، بل يَبْطُلُ الشَّرْطُ، وقد مَرَّ ذلك مرَّةً عندَ قولِه: (وَمِنْ شَرْطِهَا: أَنْ يَكُونَ الرِّبْحُ بَيْنَهُمَا مُشَاعًا).

وعلى هذا الأصلِ قال محمَّدٌ فيمَنْ دفَع ألفًا مُضَارَبةً على أن الرِّبْحَ بينَهما نصفان، وعلى أن يُدْفَعَ إليه ربُّ المالِ أرْضَه يَزْرَعُها سَنَةً، أو على أنْ يُسْكِنَهُ دارَه سَنةً؛ فالشرطُ باطلٌ، والمُضَاربةُ جائزةٌ؛ لأنه ألحَقَ بها شرطًا لا تَقْتَضِيه.

ولو كان المُضَارِبُ هو الذي شرَطَ عليه أنْ يَدْفَع أرضَه؛ ليَزْرَعَها ربُّ المالِ سَنَةً، أوْ يَدْفَعُ دارَه إلى ربِّ المالِ يَسْكُنُها سَنَةً؛ فسدَتِ المُضَارَبَةُ، وذلك؛ لأنه جعَل نِصْفَ الرِّبْحِ عِوَضًا عن عمَلِه، وعن أُجْرَةِ الدَّارِ والأرضِ، فصار حِصَّةُ العملِ مجهولًا بِالعَقْدِ، فَلَمْ يَصِحَّ العَقْدُ[1]. كذا في «شرح مختصر الكَرْخِيِّ».

والْوَضِيعَةُ: اسمٌ لجُزْءٍ هالكٍ من المالِ، يُقَالُ: وُضِعَ التاجرُ في سِلْعتِه - أي: خَسِر - يُوضَعُ وَضِيعةً، وقال قومٌ: وَضِعَ يَوْضَعُ، مِثْلُ: وَجِلَ يَوْجَلُ. كذا في «الجمهرة»[2].

قولُه: (قَالَ: وَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ الْمَالُ مُسَلَّمًا إِلَى الْمُضَارِبِ، لَا يَدَ لِرَبِّ الْمَالِ [٢/٤٢٥ظ] فِيهِ)، أي: قال القُدُورِيُّ [١٣/١٢٠ظ/د] في «مختصره»[3].

اعلم: أن التَّسْلِيمَ إلى المُضَارِبِ شرطُ صحَّةِ المُضَاربةِ، وشرْطُ عملِ ربِّ

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٩٩].
(٢) ينظر: «جمهرة اللغة» لابن دريد [٢/٩٠٥].
(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١١٣].

أَمَّا الْعَمَلُ فِي الشَّرِكَةِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ، فَلَوْ شَرَطَ خُلُوصَ الْيَدِ لِأَحَدِهِمَا لَمْ يَنْعَقِدِ الشَّرِكَةُ، وَشَرْطُ الْعَمَلِ عَلَىٰ رَبِّ الْمَالِ مُفْسِدٌ لِلْعَقْدِ؛ لِأَنَّهُ يَمْنَعُ خُلُوصَ يَدِ الْمُضَارِبِ؛ فَلَا يَتَمَكَّنُ مِنَ التَّصَرُّفِ فَلَا يَتَحَقَّقُ الْمَقْصُودُ، **وَسَوَاءٌ كَانَ رَبُّ**[1] **الْمَالِ عَاقِدًا أَوْ غَيْرَ عَاقِدٍ** كَالصَّغِيرِ؛ لِأَنَّ يَدَ الْمَالِكِ ثَابِتَةٌ لَهُ، وَبَقَاءُ يَدِهِ

غاية البيان

المالِ في عَقْدِ المُضَارَبةِ يُفسِدُها؛ لأن المالَ أَمَانةٌ، فلا يَتِمُّ إلا بعدَ تسليمِ رأسِ المالِ إلىٰ المُضَارِبِ كالوديعةِ، وإذا شُرِطَ عملُ ربِّ المالِ معَه؛ لا يَتَحَقَّقُ التَّسْلِيمُ؛ لأنَّ يدَه تَبْقَىٰ علىٰ المحلِّ، فيَمْنَعُ مِن تمامِ التَّسْلِيمِ.

بخلافِ الشَّرِكَةِ فإنَّها تَجُوزُ معَ بقاءِ يدِ الشريكَيْنِ؛ لأن العملَ ثَمَّةَ مِن الجانِبَيْنِ، فلو شُرِطَ خلوصُ اليدِ لأحدِهما بانتفاءِ يدِ الآخرِ؛ لَمْ تَنْعَقِدِ الشَّرِكَةُ، وفي المُضَارَبةِ المالُ مِن جانبٍ، والعملُ مِن جانبٍ آخرَ، فلا بُدَّ مِن التَّسْلِيمِ حتَّىٰ يَتحَقَّقَ العملُ من الجانبِ الآخَرِ؛ لأن المُضَارَبةَ فارقَتِ الشَّرِكَةَ في الاسمِ، فلا بُدَّ أنْ يُفارِقَها في المعنىٰ بزوالِ يدِ ربِّ المالِ عنه بالتسليمِ.

قولُه: (وَسَوَاءٌ كَانَ رَبُّ الْمَالِ عَاقِدًا أَوْ غَيْرَ عَاقِدٍ)، يعني: أن اشتراطَ عملِ ربِّ المالِ في عَقْدِ المُضَارَبةِ مُفْسِدٌ للعَقْدِ، سواءٌ كان ربُّ المالِ عاقدًا كالبالغِ، أوْ غيرَ عَاقِدٍ كالصغيرِ [٦/٢١٣و/م]؛ مِثْلُ: الأبِ أو الوَصِيِّ إذا دفَع مالَ اليتيمِ مُضَارَبةً، وشرطَ عملَ الصغيرِ؛ يَفْسُدُ عَقْدُ المُضَارَبةِ؛ لأن الصغيرَ مالكٌ للمالِ، فبقاءُ يدِه فيه يَمْنَعُ صحَّةَ المُضَارَبةِ كالكبيرِ.

وكذلك كلُّ مَنْ يَسْتَحِقُّ الرِّبْحَ بمالٍ إذا شُرِطَ عمَلُه معَ المُضَارِبِ؛ يَفْسُدُ العَقْدُ، كأحدِ [١٣/١٢١و/د] المتفاوِضَيْنِ أو شريكَيِ العِنانِ إذا دفَعا مالًا مُضَارَبةً، وشُرِط عملَ شريكِه معَ المُضَارِبِ؛ لأن الشَّرِيكَ يَسْتَحِقُّ الرِّبْحَ بمالِه كالدافعِ.

(١) في حاشية الأَصْل: «خ: المالك».

يَمْنَعُ التَّسْلِيمَ إِلَىٰ الْمُضَارِبِ، وَكَذَا أَحَدُ الْمُتَفَاوِضَيْنِ وَأَحَدُ شَرِيكَيِ الْعِنَانِ إِذَا دَفَعَ الْمَالَ مُضَارَبَةً، وَشَرَطَ عَمَلَ صَاحِبِهِ ....

﴿ غاية البيان ﴾

فأمَّا العَاقدُ إذا لَمْ يَكُنْ مالكًا للمالِ؛ فشُرِطَ أنْ يَتصَرَّفَ في المالِ معَ المُضَارِبِ، فإنْ كان ممن يَجُوزُ أنْ يَأْخُذَ المالَ مُضَارَبةً؛ تفْسُدُ المُضَاربةُ، كالأبِ والوَصِيِّ إذا دفعا مالَ الصغيرِ وشرَطا: أنْ يعْمَلا معَ المُضَارِبِ بجزءٍ مِن الرِّبْحِ؛ لأنهما لو أخَذا مالَ الصغيرِ مُضَاربةً جاز، فصارا كالأجنبِيَّيْنِ.

وإنْ كان العَاقِدُ ممنْ لا يَجُوزُ أنْ يَأْخُذَ المالَ مُضَارَبةً، فشُرِطَ عملُه؛ فسَدَ العَقْدُ، مِثْلُ المَأْذُونِ يَدْفَعُ مالًا مُضَارَبةً، وشُرِطَ عملُه معَ المُضَارِبِ؛ لأن المَأْذُونَ وإنْ لم يَكُنْ مالكًا للمالِ؛ فلا يَصِحُّ أن يَأْخُذَه مُضَارَبَةً، فصار كالمالكِ.

فأمَّا إذا شرَطَ المَأْذُونُ عملَ مولاه معَ المُضَارَبةِ، ولا دَيْنَ عليه؛ فالمضاربةُ فَاسِدَةٌ؛ لأن الْمَوْلَىٰ يَسْتَحقُّ الرِّبْحَ بالمالِ، وإنْ كان عليه دَيْنٌ؛ فالمضاربةُ جائزةٌ، وذلك لأن الْمَوْلَىٰ علىٰ قولِ أبي حنيفةَ: لا يَمْلِكُ هذا المالَ، فصار كالأجنبيِّ.

فأمَّا المُكَاتَبُ إذا شرَطَ عملَ مولاه: لم يَفْسُدِ المُضَارَبةُ؛ لأن الْمَوْلَىٰ لا يَمْلِكُ إكسابَ [١٢١/١٣ظ/د] مُكاتَبِه، فهو فيها كالأجنبيِّ. كذا ذكَر القُدُورِيُّ في شرْحِه لـ«**مختصر الكَرْخِيِّ**».

قولُه: (وَكَذَا أَحَدُ الْمُتَفَاوِضَيْنِ وَأَحَدُ شَرِيكَيِ الْعِنَانِ إِذَا دَفَعَ الْمَالَ مُضَارَبَةً، وَشَرَطَ عَمَلَ صَاحِبِهِ)، أي: يَفْسُدُ[١] عَقْدُ المُضَارَبةِ.

قال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ في «**شرح الكافي**»: «ولو شُرِطَ أنْ يَعْملَ معه شريكُ ربِّ المالِ: إنْ كانت شركةَ مُفَاوَضةٍ؛ لَمْ يَجُزْ؛ لأن يدَ الشَّرِيكِ كيدِه بمقْتَضَىٰ عَقْدِ الشَّرِكَةِ، فصار كأن يدَ ربِّ المالِ باقيةٌ علىٰ المالِ، فمنعَتْ مِن

(١) وقع بالأصل: «أن يفسد». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

لِقِيَامِ الْمِلْكِ لَهُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَاقِدًا، وَاشْتِرَاطُ الْعَمَلِ عَلَى الْعَاقِدِ مَعَ الْمُضَارِبِ وَهُوَ غَيْرُ مَالِكٍ يُفْسِدُهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ أَهْلِ الْمُضَارَبَةِ فِيهِ كَالْمَأْذُونِ، بِخِلَافِ الْأَبِ وَالْوَصِيِّ لِأَنَّهُمَا مِنْ أَهْلِ أَنْ يَأْخُذَا مَالَ الصَّغِيرِ مُضَارَبَةً بِأَنْفُسِهِمَا، فَكَذَا اشْتِرَاطُهُ عَلَيْهِمَا بِجُزْءٍ مِنَ الْمَالِ.

غاية البيان

تمامِ التَّسْلِيمِ، وكذلك شريكُ العِنَانِ في مالِ الشَّرِكَةِ؛ لأن يدَهُما واحدةٌ، ولو كان المدفوعُ إليه مِن غيرِ مالِ الشَّرِكَةِ؛ لَمْ يَفْسُدْ بالشَّرْطِ؛ لأن شريكَ العِنَانِ في غيرِ مالِ الشَّرِكَةِ يَنْزِلُ منزلةَ الأجانبِ».

قولُه: (لِقِيَامِ الْمِلْكِ لَهُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَاقِدًا)، تعليلٌ لقولِه: (وَكَذَا أَحَدُ الْمُتَفَاوِضَيْنِ)، يَعْنِي: يَفْسُدُ العَقْدُ إذا عَقَد أحدُ الشريكَيْنِ، وشرَطَ عملَ صاحبِه؛ لقيامِ المِلْكِ لصاحبِه، وإنْ لَمْ يَكُنْ صاحبُه عاقدًا.

قولُه: (فِيهِ)، أي: المالِ.

قولُه: (كَالْمَأْذُونِ)، ليس بقياسٍ، بل هو نظيرُ ما إذا كان العَاقِدُ غيرَ مالكٍ، ولَمْ يَصِحَّ أَخْذُه مُضَارَبةً [٦/٢١٣ظ/م]، واشْتُرِطَ العملُ عليه، وقد مَرَّ بيانُه آنفًا بالتفصيلِ فيما إذا دفَع المالَ مُضَارَبةً إلى مولاه إذا كان عليه دَيْنٌ أوْ لم يَكُنْ.

قال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ في «**شرح الكافي**» [٢/٤٢٦و] [١٣/١٢٢و/د]: «وإذا دفعَ الرَّجُلُ إلى الرَّجُلِ مالًا مُضَارَبةً بالنصفِ، فرَدَّه المُضَارِبُ على ربِّ المالِ، وأمَرَه أنْ يَبِيعَ ويَشْتَرِي على المُضَارَبةِ، ففَعل ورَبح؛ فهو جائزٌ على المُضَارَبةِ، والرِّبْحُ على ما اشترطا؛ لأنه لَمْ يُوجَدْ صريحُ النقْضِ، ولا دلالتُه؛ لأنه صار مستعينًا به على العملِ، ومتى وقَع العملُ مِن ربِّ المالِ إعانةً؛ لا يُجْعَلُ هذا استردادًا، فلا تُنْقَضُ به اليدُ الثابتةُ[1] للمُضَارِبِ.

(١) وقع بالأصل: «الثانية». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

قَالَ: وَإِذَا صَحَّتِ الْمُضَارَبَةُ مُطْلَقَةً؛ جَازَ لِلْمُضَارِبِ أَنْ يَبِيعَ وَيَشْتَرِيَ، وَيُوَكِّلَ، وَيُسَافِرَ، وَيُبْضِعَ، وَيُودِعَ؛ لِإِطْلَاقِ الْعَقْدِ وَالْمَقْصُودُ مِنْهُ الِاسْتِرْبَاحُ،

غاية البيان

بخلافِ ما إذا شُرِطَ عملُ ربِّ المالِ في حالِ العَقْدِ؛ لأنَّ يدَه مانعةٌ مِن تمامِ التَّسْلِيمِ، والتَّسْلِيمُ شرْطُ صحَّةِ المُضَارَبةِ.

فَرقٌ بينَ هذا وبينَ الأجيرِ المشتركِ إذا استعان بالمستأجِرِ ففَعل: حيثُ لا يَسْتَحِقُّ الأُجْرةَ؛ لأن المَعْقُودَ عليه في بابِ الإجَارةِ هو العملُ، فإذا لم يَعْمَلْ لا يَسْتَحِقُّ الأُجْرةَ.

أمَّا ههنا: فالعملُ غيرُ مَعْقُودٍ عليه؛ لأن المُضَارِبَ عاملٌ لنفسِه في تحصيلِ الرِّبْحِ، فافترقا، وصار كأنَّ المالكَ وهبَ للمُضَارِبِ رأسَ المالِ، ثم اشتركا، ولو فعلَ كذلك؛ كان الرِّبْحُ بينَهما، كذا ههنا». كذا ذكَر شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ.

ولو دفَع المُضَارِبُ المالَ مُضَاربةً إلىٰ ربِّ المالِ؛ فالمضاربةُ الثانيةُ فَاسِدَةٌ، والمُضَارَبَةُ الأُولىٰ جائزةٌ، ويَكُونُ الرِّبْحُ بينَهما علىٰ شرْطِ المُضَاربةِ الأُولىٰ عندَنا، وعندَ زُفَرَ: تَنْفَسِخُ المُضَارَبةُ الأُولىٰ بدَفْعِ المالِ إلىٰ ربِّ [١٣/١٢٢ظ/د] المالِ والرَّدِّ عليه. كذا في «**شرح الطَّحَاوِيِّ**»[1]، وهي تُعْرَفُ في «**المختلف**»[2].

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا صَحَّتِ الْمُضَارَبَةُ مُطْلَقَةً؛ جَازَ لِلْمُضَارِبِ أَنْ يَبِيعَ وَيَشْتَرِيَ، وَيُوَكِّلَ، وَيُسَافِرَ، وَيُبْضِعَ، وَيُودِعَ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «**مختصره**»[3].

أراد بِالمُضَارَبَةِ المُطْلَقَةِ: ألَّا تَكُونَ مُقَيَّدَةً بزمانٍ ولا مكانٍ؛ لأنها إذا كانت مُقَيَّدَةً لا يَجُوزُ للمُضَارِبِ أنْ يَعْمَلَ في غيرِ ذلك الزمانِ، وغيرِ ذلك المكانِ،

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق/٢٨١].
(٢) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [١٨١٣/٤].
(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١١٣].

وَلَا يُتَحَصَّلُ إِلَّا بِالتِّجَارَةِ، فَيَنْتَظِمُ الْعَقْدُ صُنُوفَ التِّجَارَةِ وَمَا هُوَ مِنْ صَنِيعِ التُّجَّارِ، وَالتَّوْكِيلُ مِنْ صَنِيعِهِمْ، وَكَذَا الْإِبْضَاعُ وَالْإِيدَاعُ وَالْمُسَافَرَةُ؛ أَلَا تَرَىٰ

غاية البيان

وسَيَجِيءُ ذلك بعدَ هذا إن شاء اللهُ تَعالىٰ.

اعلم: أن الرَّجلَ إذا دفَع إلىٰ رجلٍ مالًا مُضاربةً، ولم يَقُلْ فيه: اعملْ برأيِكَ؛ فله أنْ يَشْتَرِيَ ما بدَا له مِن أصنافِ التجاراتِ، ويَبِيعَ بالنقدِ والنَّسِيئةِ؛ لأن غرَضَه حصولُ الرِّبْحِ، ولا يَحْصُلُ ذلك عادةً إلا بمِلْكِه جميعَ أنواعَ التجاراتِ؛ لأنه قد يَرْبَحُ في نوعٍ منها، وقد لا يَرْبَحُ، فوَجَب أنْ يَكُونَ بسبيلٍ مِن جميعِ أصنافِ التجاراتِ، ويَمْلِكُ البَيْعَ بالنقدِ والنَّسِيئةِ؛ لأنه لو كان وَكِيلًا خاصًّا ملَكَ ذلك بإطلاقِ الوَكَالَةِ، فإذا كان عامًّا أَوْلَىٰ، وهذا لأنه عسىٰ لا يَحْصُلُ له الرِّبْحُ إلا بالنسيئةِ.

وقال ابنُ أبي لَيْلَىٰ: ليس له أنْ يَبِيعَه [٦/٢١٤و/م] بالنسيئةِ؛ وهذا علىٰ أصْلِه مستقيمٌ؛ لأن الوَكِيلَ المُطْلَقَ لا يَمْلِكُ البَيْعَ بالنسيئةِ عندَه. كذا قال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ في «**شرح الكافي**».

وله: أنْ يُوَكِّلَ بالبَيْعِ والشِّراءِ؛ لأنه مِن عادةِ التُّجَّارِ، ولأن الوَكَالَةَ أخصُّ مِن المُضَارَبةِ، فجاز أنْ تُسْتفادَ [١٣/١٢٣و/د] بذلك؛ لأنه ملَكَ التصَرُّفَ بأمْرٍ عامٍّ، فجاز أنْ يُوَكِّلَ به كالشريكِ، وله أنْ يُسَافِرَ أيضًا بمالِ المُضَارَبةِ.

قال الشيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ في «مختصره»: «وللمُضارِبِ أنْ يُسَافِرَ بالمالِ، وإنْ لَمْ يَقُل له: اعمَلْ برأيِكَ في قولِ أبي حنيفةَ في روايةِ محمَّدٍ والحسنِ بنِ زيادٍ، وهو قولُهما أيضًا، وكذلك رَوَىٰ محمدٌ عن أبي يوسفَ، ورَوَىٰ أصحابُ «**الإملاء**» عن أبي يوسفَ: أنه ليس له أن يُسَافِرَ بالمالِ.

وقال أبو يوسفَ عن أبي حنيفةَ: إذا دفَع إليه المالَ بالكوفةِ، وهما مِن أهلِها؛ فإن أبا حنيفةَ قال: ليس له أن يُسَافِرَ بالمالِ، وإنْ كان الدفعُ في مِصْرَ غيرَ الكوفةِ؛

أَنَّ الْمُودِعَ لَهُ أَنْ يُسَافِرَ، فَالْمُضَارِبُ أَوْلَىٰ، كَيْفَ وَأَنَّ اللَّفْظَ دَلِيلٌ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهَا مُشْتَقَّةٌ مِنَ الضَّرْبِ فِي الْأَرْضِ وَهُوَ السَّيْرُ.

غاية البيان

فللمُضارِبِ أنْ يَخْرُجَ به حيثُ شاء». إلىٰ هنا لفظُ الكَرْخِيِّ.

أَمَّا وجهُ الروايةِ المشهورةِ: فلأنَّ المُضَارَبةَ مشتقَّةٌ [٢/٤٢٦ظ] مِن الضربِ في الأرضِ، وذلك يَقْتَضِي السفرَ، ولأنها إذْنٌ عامٌّ، فلا تَخْتَصُّ بمكانٍ دونَ مكانٍ.

وأَمَّا وَجهُ روايةِ أبي يوسفَ عن أبي حنيفةَ: فلأنَّ السفرَ بالمالِ خَطَرٌ، فلا يَجُوزُ إلا بإذْنِ المالكِ، أوْ ما يَدُلُّ علىٰ الإذْنِ، فإذا دفعَ إليه المالَ في بلدِهما؛ فلَمْ يأْذَنْ له في السفرِ، ولا يُوجَدُ ما يَدُلُّ علىٰ الإذْنِ، فلا يَجُوزُ له السفرُ.

فأمَّا إذا دفعَ إليه في غيرِ بلدِهما؛ فالعادةُ أن الإنسانَ لا يَأْخُذُ المُضَارَبةَ فيه، ويَلْتَزِمُ تركَ وطَنِه، فصار دفْعُ المال رِضًا بالرجوعِ إلىٰ الوطنِ، فتتضمَّنُ [١٣/١٢٣ظ/د] المُضَارَبةُ السفرَ، فجاز أن يُسافرَ حيثُ شاء[1]. كذا ذكَر القُدُورِيُّ في «**شرح مختصر الكَرْخِيِّ**».

وكذا له أن يُبْضِعَ ويُودِعَ؛ لأن ذلك مِن عادةِ التُّجَّارِ؛ ولأن المُضَارِبَ يَمْلِكُ أن يَسْتَأْجِرَ مَن يَعْمَلُ في المالِ بعِوَضٍ، فإذا أبضَع فقد حَصَلَ العملُ بغيرِ عِوَضٍ فهو أَوْلَىٰ.

وإنما قُلنا: «يَمْلِكُ أنْ يَسْتَأْجِرَ»؛ لأنه لا يتوصَّلُ إلىٰ الرِّبْحِ إلا بالعملِ، وربَّما لا يَتَمَكَّنُ المُضَارِبُ مِن جميعِ الأعمالِ بنفسِه، فلا بُدَّ له مِن الأجيرِ؛ ولأن ذلك عادةُ التُّجَّارِ؛ ولأنه لا يَقْدِرُ علىٰ حِفْظِ المالِ إلا بذلك، وهو مَأْذُونٌ في حِفْظِ المالِ، وله أنْ يَسْتَأْجِرَ السفنَ والدوابَّ والرجالَ لحَمْلِه؛ لأن الرِّبْحَ يَحْصُلُ بنَقْلِ المالِ مِن موضعٍ إلىٰ موضعٍ، ولا يُمْكِنُه نَقْلُه بنفسِه.

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/١٠٣].

. . . .

غاية البيان

قال الكَرْخِيُّ في «مختصره»: «وله أن يرهنَه بِدَيْنٍ عليه في المُضَارَبةِ مِن مالِ المُضَارَبةِ، وأنْ يَرْتَهِنَ بِدَيْنٍ [٦/٢١٤ظ/م] له منها على رَجلٍ؛ لأن الرَّهْنَ: الإيفاءُ، والارتهانُ: الاِسْتِيفَاءُ، وهو يَمْلِكُ ذلك بعَقْدٍ عامٍّ»[١].

والحاصلُ هنا: ما قال الصدرُ الشهيدُ وغيرُه في «**شروح الجامع الصغير**»: إن التصرُّفاتِ في المُضَارَبةِ ثلاثةُ أقسامٍ:

قِسْمٌ هو مِن بابِ المُضَاربةِ وتوابِعِها، فيَمْلِكُها بمُطْلَقِ الإيجَابِ، وهو الإيداعُ، والإبضاعُ، والإجَارةُ، والاِسْتِئْجَارُ، والرَّهْنُ، والارتهانُ، وما أشبَه ذلك.

وقِسْمٌ آخَرُ ليس مِن المُضَارَبةِ [١٣/١٢٤و/د] المُطْلَقةِ، لكنَّه يَحْتَمِلُ أنْ يَلْحَقَ بها عندَ وجودِ الدلالةِ، وهو إثباتُ الشَّرِكَةِ في المُضَارَبةِ، بأن يَدْفَعَ إلى غيرِه مُضَارَبةً، أوْ يخْلِطَ مالَ المُضَارَبةِ بمالِه أوْ بمالِ غيرِه، فإنه لا يَمْلِكُ هذا بمُطْلَقِ المُضَارَبةِ؛ لأن ربَّ المالِ لَمْ يَرْضَ بشركةِ غيرِه، وهو أمْرٌ زائدٌ على ما تَقُومُ به التِّجَارةُ، فلا يَتَنَاوَلُه مُطْلَقُ عَقْدِ المُضَارَبةِ، لكن يَحْتَمِلُ أن يَلْحَقَ به، فإذا قيل له: اعْمَلْ برأيك؛ فله ذلك.

وقِسْمٌ آخَرُ ليس هو مِن المُضَارَبةِ، ولا يَحْتَمِلُ أنه يَلْحَقُ بها، وهو الإقْرَاضُ والاستدانةُ على المالِ؛ لأن الإقْرَاضَ ليس بتجارةٍ، والاستدانةُ على المالِ تصَرُّفٌ بغيرِ رأسِ المالِ، والتَّوْكِيلُ مُقَيَّدٌ برأسِ المالِ، فلا يَحْتَمِلُ التعدِّيَ إلا أن يُنَصَّ عليه، فإذا نُصَّ عليه؛ اُعْتُبِرَ بنفسِه حتَّى يَصِيرَ بمنزلةِ شركةِ الوجوهِ، لا مُضَاربةً؛ لأنه ليس لأحدِهما فيه رأسُ المالِ.

وقال في «شرح الأقطع»: «لا يَجُوزُ للمُضَاربِ أن يَستَدِينَ على المُضَارَبةِ،

---

(١) نص الشلبي في «حاشيته على تبيين الحقائق» [٥/٥٧] على أن هذا من كلام الكرخي.

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ: لَيْسَ لَهُ أَنْ يُسَافِرَ. وَعَنْهُ وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ إِنْ دَفَعَ إِلَيْهِ فِي بَلَدِهِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُسَافِرَ؛ لِأَنَّهُ تَعْرِيضٌ عَلَى الْهَلَاكِ مِنْ غَيْرِ ضَرُورَةٍ،

غاية البيان

وإنْ فعَل ذلك؛ لَمْ يَجُزْ على ربِّ المالِ، وذلك لأن ما يَبْتَاعُه المُضَارِبُ قيمتُه مَضْمُونةٌ على ربِّ المالِ.

ألا ترىٰ أنه إذا اشْتَرىٰ برأسِ المالِ فهلَك قبْلَ التَّسْليمِ؛ رَجَعَ المُضَارِبُ عليه بمِثْلِه، وإذا كان كذلك فرَبُّ المالِ لم يَرْضَ [١٣/١٢٤ظ/د] أنْ يَضْمَنَ إلا مقدارَ رأسِ المالِ، فلو جَوَّزْنا الاستدانةَ لزِمه ضَمانُ ما لم يَرْضَ به، وذلك لا يَصِحُّ، وإذا لم يَصِحَّ استدانتُه على ربِّ المالِ؛ لزِمه الدَّيْنُ خاصَّةً.

وأمَّا إذا استدان بإذْنِ ربِّ المالِ: فما يَشْتَرِيه بينَهُما شركةُ وجوهٍ، أَلَا ترىٰ أن المُشْتَرىٰ بالدَّيْنِ لا يَجُوزُ أنْ يَكُونَ مُضَاربةً؛ لأنها لا تَصِحُّ إلا في مالِ عينٍ، وإذا لم تَكُنْ مُضَارَبةً لم يَبْقَ إلا أنْ تَكُونَ شركةً بينَهما شركةَ وجوهٍ، وإطلاقُ الشَّرِكَةِ يَقْتَضِي التساويَ [٢/٤٢٧و]، فلهذا كان بينَهُما نصفيْنِ.

وقد قالوا: ليس للمُضَارِب أنْ يأخُذَ سُفْتَجَةً[١]؛ لأن ذلك استدانةٌ، وهو لا يَمْلِكُ الاستدانةَ، وكذلك أيضًا لا يُعْطِي سُفْتَجَةً؛ لأن ذلك قَرْضٌ، وهو لا يَمْلِكُ القَرْضَ، وكذلك لو قال له: اعمل برأيِكَ؛ لم يَكُنْ له شيءٌ مِن ذلك؛ لأن ذلك يَنْصَرِفُ إلىٰ ما يَعُودُ إلىٰ التِّجَارةِ، ولا يَتَنَاوَلُ التبرُّعَ والاستدانةَ»[٢].

قولُه: (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ: لَيْسَ لَهُ أَنْ يُسَافِرَ).

[٦/٢١٥و/م] **هذا إذا لَمْ يَقُل له:** اعمل برأيك، وهذه الروايةُ روَاها أصحابُ

---

(١) **السُّفْتَجَةُ** - بضمِّ السين وفَتْح التاء - جمْعُ السَّفَاتِج، تعريب: سُفْتَه، بمعنىٰ المُحْكَم. وهي قَرْضٌ استفاد به الْمُقْرِضُ سُقُوطَ خَطَرِ الطريق. هكذا قال المؤلف فيما مضىٰ مِن كتاب الحوالة.

(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٣٤٨].

وَإِنْ دَفَعَ فِي غَيْرِ بَلَدِهِ لَهُ أَنْ يُسَافِرَ إِلَىٰ بَلَدِهِ ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْمُرَادُ فِي الْغَالِبُ ، وَالظَّاهِرُ مَا ذُكِرَ فِي هَذَا الْكِتَابِ.

قَالَ: وَلَا يُضَارِبُ إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ رَبُّ الْمَالِ ، أَوْ يَقُولَ لَهُ: اعْمَلْ بِرَأْيِكَ ؛

غاية البيان

«**الإملاء**» عن أبي يوسفَ عن أبي حنيفةَ ، كذا ذكرَه الطَّحَاوِيُّ في «**مختصره**»[1] ، وذلك لأن فيه تعريضُ المالِ على الهلاكِ ، ثم قال فيه: «وقال أبو يوسفَ مِن رأيِه: له أنْ يُسَافِرَ إلىٰ الموضعِ الذي يَقْدِرُ علىٰ الرُّجُوعِ منه إلىٰ أهْلِه ، فيَبِيتَ فيهم ، كنحوِ قُطْرُبُّلَ[2] مِن بغدادَ»[3].

قولُه [١٣/١٢٥و/د]: (**وَالظَّاهِرُ مَا ذُكِرَ فِي هَذَا الْكِتَابِ**) ، أي: ظاهرُ الروايةِ عن أصحابِنا جميعًا هو ما ذكَر القُدُورِيُّ في «**مختصره**»[4] ، وهو جوازُ المسافرةِ بمالِ المُضَاربةِ وإنْ لم يَقُلْ له: اعْمَلْ برأيِك ، وأشار به إلىٰ قولِه: «**جَازَ لِلْمُضَارِبِ أَنْ يَبِيعَ وَيَشْتَرِيَ ، وَيُوَكِّلَ وَيُسَافِرَ**» ، أي: يُسَافِرَ به إلىٰ حيثُ شاء في بَرٍّ أوْ بحرٍ ، قال الطَّحَاوِيُّ في «**مختصره**»: «وبه نَأْخُذُ»[5].

قولُه: (**قَالَ: وَلَا يُضَارِبُ إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ رَبُّ الْمَالِ ، أَوْ يَقُولَ لَهُ: اعْمَلْ بِرَأْيِكَ**) ، أي: قال القُدُورِيُّ في «**مختصره**»[6].

وذلك لأن ربَّ المالِ رَضِيَ بشركَتِه ، ولَمْ يَرْضَ بإشراكِ[7] غيرِه في الرِّبْحِ ،

(١) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/١٢٥].
(٢) **قُطْرُبُّل**: مسيرة فرسخَيْن أوْ ثلاثة مِن بغداد ، وقد خَرِبَتْ. قال في «الصحاح»: «قُطْرُبُّل - بالضم وتشديد الباء -: موضع بالعراق». كذا جاء في حاشية: «تح» ، و«م» ، و«د». وينظر: «صحاح اللغة» للجوهري [١٨٠٢/٥/ مادة: قطل]. و«معجم البلدان» لياقوت الحموي [٣٧١/٤].
(٣) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/١٢٥].
(٤) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١١٣].
(٥) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/١٢٥].
(٦) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١١٣].
(٧) وقع بالأصل: «بشركة». والمثبت من: «ن» ، و«م» ، و«تح» ، و«غ».

لِأَنَّ الشَّيْءَ لَا يَتَضَمَّنُ مِثْلَهُ لِتَسَاوِيهِمَا فِي الْقُوَّةِ، فَلَا بُدَّ مِنَ التَّنْصِيصِ عَلَيْهِ، أَوِ التَّفْوِيضِ الْمُطْلَقِ إِلَيْهِ وَكَانَ كَالتَّوكيل، فَإِنَّ الْوَكِيلَ لَا يَمْلِكُ أَنْ يُوَكِّلَ غَيْرَهُ إِلَّا إِذَا قِيلَ لَهُ: اعْمَلْ بِرَأْيِكَ، بِخِلَافِ الْإِيدَاعِ وَالْإِبْضَاعِ؛ لِأَنَّهُ دُونَهُ [٩٦/و]

غاية البيان

فلا يَجُوزُ الاشتراكُ؛ لأنَّ العَقْدَ المُطْلَقَ لا يُستَفادُ بمُقْتَضَاه مِثْلُه، وإنما يُستفادُ ما هو دونَه، والمُضارَبَةُ مِثْلُ المُضارَبةِ، فلا يَمْلِكُها المُضارِبُ، كَالْوَكِيلِ لا يَمْلِكُ التَّوْكِيلَ، فلا بُدَّ مِن التنصيصِ على ذلك، أو التفويضِ إليه مطلقًا بقولِه: اعمَلْ برأيِك، إلا إذا قيل له: اعمل برأيك؛ لأنه حينَئذٍ فَوَّضَ إليه الرأيَ الذي لا يَمْلِكُه التُّجَّارُ، فجاز أنْ يَفْعَلَهُ؛ لأنهم ربما يَفْعَلُونَهُ.

وليس كذلك الإيداعُ والإبضاعُ؛ لأن ذلك دونَ المُضارَبةِ، فملَكَها المُضارِبُ، وليس كذلك الإِقْرَاضُ أيضًا؛ لأنه لا يَمْلِكُه أصلًا، وإنْ فُوِّضَ إليه الرأيُ مطلقًا؛ لأنه تَبَرُّعٌ وليس مِن التِّجَارةِ بشيءٍ.

ألا تَرىٰ أن المُقْرِضَ لا يَجُوزُ أنْ يَأْخُذَ زيادةً علىٰ درهمِ القَرْضِ؛ لأنه رِبًا، فلَمْ يحْصُلِ الغرضُ مِن المُضارَبةِ [١٣/١٢٥ظ/د] وهو الرِّبْحُ، وكذا ليس له أن يُشارِكَ معَ غيرِه شركةَ عِنَانٍ، أوْ يخْلِطَ المالَ بمالِ نفسِه، أوْ بمالِ غيرِه؛ لأنَّ ربَّ المالِ رَضِيَ بشركَتِه لا بشركةِ غيرِه، ولأن الشيءَ لا يتَضَمَّنُ ما هو فوقَه، والشَّرِكَةُ أعمُّ مِن المُضارَبةِ.

وفي خَلْطِ المالِ يُثْبِتُ في مالِ ربِّ المالِ حقًّا لغيرِه، فلا يَجُوزُ إلا إذا قيل له: اعمَلْ برأيِك، وإنْ لم يَقُلْ له ذلك، فدفَع المُضارِبُ المالَ إلىٰ غيرِه مُضَاربةً، قال في «**شرح الطَّحَاوِيِّ**»: «إنْ كانتِ المُضاربةُ[1] [الثانيةُ][2] فَاسِدَةً، فلا يَضْمَنُ المُضارِبُ الأوَّلُ وإنْ عَمِل المُضَارِبُ الثاني في المالِ؛ لأنه بمنزلةِ الأجيرِ،

(١) وقع بالأصل: «المشاركة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

(٢) **ما بين المعقوفتين:** زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

فَيَتَضَمَّنُهُ، وَبِخِلَافِ الْإِقْرَاضِ حَيْثُ لَا يَمْلِكُهُ. وَإِنْ قِيلَ لَهُ: اعْمَلْ بِرَأْيِكَ؛ لِأَنَّ الْمُرَادَ مِنْهُ التَّعْمِيمُ فِيمَا هُوَ مِنْ صَنِيعِ التُّجَّارِ، وَلَيْسَ الْإِقْرَاضُ مِنْهُ، وَهُوَ تَبَرُّعٌ

وللمُضارِبِ أنْ يَسْتَأْجِرَ، ويَجِبُ للثاني أجْرُ المِثْلِ في مالِ المُضاربةِ.

فإنْ كانتِ المُضَارَبةُ الثانيةُ صحيحةً؛ لم يَكُنِ المالُ مَضْمُونًا على المُضاربِ الأوَّلِ بمجرَّدِ الدفعِ، حتى إن المالَ لو [٢١٥/٦ظ/م] هلكَ في يدِ الثاني قبلَ أن يَعْمَلَ؛ هلَكَ أَمَانةً؛ لأن مالَ المُضَارَبةِ وَدِيعَةٌ عندَ المُضارِبِ الأوَّلِ قبلَ أن يَعْملَ.

ولا يَكُونُ المُضَارِبُ الأوَّلُ مخالفًا بالإيداعِ إلا عندَ زُفَرَ، فإنه يُضَمِّنُ بمجرَّدِ الدفعِ، وإذا عمِل الثاني صار الأوَّلُ مخالفًا، وربُّ المالِ بالخِيارِ: إن شاء ضَمَّن الأوَّلَ، وإنْ شاء ضَمَّن الثاني، وإنْ ضَمَّن الثاني رَجَعَ بما ضَمِن على الأوَّلِ، وإنْ ضَمَّن الأوَّلَ لا يَرْجِعُ على الثاني بما ضَمِن، وصَحَّتِ المُضَارَبةُ بينَ الأوَّلِ وبينَ الثاني؛ لأنه لَمَّا تقرَّر الضمانُ على الأوَّلِ، فقد ملَكَ، وصار كأنه دفَعَ [٤٢٧/٢ظ] مالَ نفسِه مُضاربةً [١٢٦/١٣و/د] إلى الثاني، هذا في ظاهرِ الروايةِ.

ورُوِيَ عن أبي حنيفةَ: أنه قال: لا يَضْمَنُ إذا عمِلَ الثاني ما لم يَرْبَحْ؛ لأنه بمنزلةِ التَّوْكِيلِ، إلا أن يَظْهَرَ الرِّبْحُ، ولا يَصِيرَ الأوَّلُ مخالفًا بالتوكيلِ، وإنما يَصيرُ مخالفًا بالإشراكِ، وكذلك لو خلَطَ مالَ نفسِه بمالِ المُضَارَبةِ؛ ضَمِن مالَ المُضَارَبةِ، والرِّبْحُ له، والوَضِيعةُ عليه.

وكذلك لو شارَكَ معَ غيرِه شركةَ عِنَانٍ وخلطَ؛ ضَمِن، وتصحُّ الشَّرِكَةُ بينَهما، هذا إذا لَمْ يَقُلْ: اعمل فيه برأيِكَ. فإنْ قال له: اعمَلْ برأيك؛ فله أنْ يخْلِطَ مالَ المُضَاربةِ بمالِ نفسِه، وإذا رَبحَ قُسِمَ الرِّبْحُ بينَ المالَيْنِ، فرِبْحُ مالِه يَكُونُ له خاصَّةً، ورِبْحُ مالِ المُضَارَبَةِ يَكُونُ بينَهما على الشَّرْطِ.

وكذلك لو شارَكَ معَ غيرِه شركةَ عِنانٍ؛ جاز ويُقْسَمُ الرِّبْحُ بينَهما على الشَّرْطِ،

كَالْهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ، فَلَا يَحْصُلُ بِهِ الْغَرَضُ وَهُوَ الرِّبْحُ؛ لِأَنَّهُ **لَا يَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلَيْهِ**، أَمَّا الدَّفْعُ مُضَارَبَةً فَمِنْ صَنِيعِهِمْ، وَكَذَا الشَّرِكَةُ وَالْخَلْطُ بِمَالِ نَفْسِهِ **فَيَدْخُلُ تَحْتَ هَذَا الْقَوْلِ**.

قَالَ: وَإِنْ خَصَّ لَهُ رَبُّ الْمَالِ التَّصَرُّفَ فِي بَلَدٍ بِعَيْنِهِ، أَوْ سِلْعَةٍ بِعَيْنِهَا؛ لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَتَجَاوَزَهَا؛ لِأَنَّهُ تَوْكِيلٌ. وَفِي التَّخْصِيصِ فَائِدَةٌ فَيَتَخَصَّصُ، وَكَذَا لَيْسَ لَهُ أَنْ يَدْفَعَهُ بِضَاعَةً إِلَىٰ مَنْ يُخْرِجُهَا مِنْ تِلْكَ الْبَلْدَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْإِخْرَاجَ بِنَفْسِهِ، فَلَا يَمْلِكُ تَفْوِيضَهُ إِلَىٰ غَيْرِهِ.

غاية البيان

فإذا قُسِمَ الرِّبْحُ بينَهُما يَكُونُ مالُ المُضَارَبَةِ معَ حصَّةِ المُضَارِبِ مِنَ الرِّبْحِ، يَسْتَوْفِي منها ربُّ المالِ رأسَ مالِه، وما فَضَلَ فهو بينَهُما على الشَّرْطِ»[1]. كذا في «**شرح الطَّحَاوِيِّ** رَحِمَهُ اللهُ».

قولُه: (لَا يَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلَيْهِ)، أي: على القَرْضِ. أي: لا يَجُوزُ أخْذُ الزِّيَادَةِ على ذلك.

قولُه: (فَيَدْخُلُ تَحْتَ هَذَا الْقَوْلِ)، أي: يَدْخُلُ المذكورُ، وهو الشَّرِكَةُ والخلطُ بمالِ نفسِه تحتَ قولِه: اعمل برأيك، أي: يَجُوزُ ذلك حينَئِذٍ.

قولُه: (قَالَ: وَإِنْ خَصَّ لَهُ رَبُّ الْمَالِ [١٣/١٢٦ظ/د] **التَّصَرُّفَ فِي بَلَدٍ بِعَيْنِهِ، أَوْ سِلْعَةٍ بِعَيْنِهَا؛ لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَتَجَاوَزَهَا)**، أي: قال القُدُورِيُّ في «**مختصره**»[2]، وهذا الذي ذكَره هي المُضَارَبَةُ الخاصَّةُ.

والأصلُ فيه: أن ربَّ المالِ متىٰ شرَطَ على المُضَارِبِ شرْطًا في المُضَارَبةِ: إنْ كان شرطًا لربِّ المالِ فيه فائدةٌ؛ فإنه يَصِحُّ الشَّرْطُ، ويَجِبُ على المُضَارِبِ

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق/٢٨١].
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١١٣].

. . . .

مراعاتُه والوفاءُ به، وإذا لم يُوفِّ به صار مخالفًا وعاملًا بغيرِ أمْرِه، وإنْ كان شرطًا لا فائدةَ فيه لربِّ المالِ، فإنه لا يَصِحُّ، ويُجْعَلُ كالمسكوتِ عنه.

إذا ثبَتَ هذا نَقُولُ: إذا شرَطَ علىٰ المُضَاربِ أن يَعْمَلَ بها بالكوفةِ؛ فقد شرَطَ عليه شرطًا لربِّ المالِ فيه فائدةٌ، فيَجِبُ مراعاتُه، ويَصِيرُ [٦/٢١٦و/م] المُضَارِبُ بتَرْكِه مخالفًا ضامنًا.

ثم يَحْتَاجُ إلىٰ معرفةِ ما يَصيرُ شرطًا مِن الألفاظِ في المُضَاربةِ، وما يَكُونُ مشورةً لا شرطًا، فما يَصيرُ شرطًا: ستَّةُ ألفاظٍ:

أحدُها: أن يَقُولَ: دفعْتُ إليك الألفَ مُضَارَبَةً بالنصفِ، علىٰ أن تَعْمَلَ بها في الكوفةِ.

الثانيةُ: أن يَقُولَ: لتعمَلَ بها بالكوفةِ.

الثالثةُ: أن يَقُولَ: تعْمَلْ بها بالكوفةِ. بالجزمِ.

الرابعةُ: أن يَقُولَ: تعْمَلُ بها بالكوفةِ. بالرفعِ.

الخامسةُ: أن يَقُولَ: فاعْمَل بها بالكوفةِ.

السادسةُ: أن يَقُولَ: دفعْتُ إليك الألفَ مُضَارَبَةً بالنصفِ بالكوفةِ.

وما يَكُونُ مشورةً ولا يَكُونُ [١٣/١٢٧و/د] **شرطًا:** فلَفْظان.

أحدُهما: أن يَقُولَ: دفعْتُ إليك الألفَ مُضَارَبةً بالنصفِ، اعْمَلْ بها بالكوفةِ.

والثاني: أن يَقُولَ: واعْمَلْ بها بالكوفةِ.

والأصلُ في معرفةِ الشَّرطِ مِن المشورةِ: أن ربَّ المالِ إذا ذكَر عَقِيبَ لفظةِ المُضَارَبَةِ لفظًا لو اعْتُبِرَ ابتداءً لا يَصِحُّ.

. . . .

يعني: لا يَسْتَقِيمُ الابتداءُ به، ومتىٰ أُعْتُبِرَ متعلِّقًا بما تقدَّم يَصِحُّ، فإنه يُعْتَبَرُ مُتعلِّقًا بما تَقَدَّمَ، ولا يُعْتَبرُ ابتداءً، حتىٰ لا يَلْغُوَ، وإذا ذكرَ كلامًا يَسْتَقِيمُ الابتداءُ به لا يُعْتَبَرُ متعلِّقًا بما قبلَه، ويَصِيرُ كلامًا مبتدأً.

والألفاظُ الستَّةُ لا يَصِحُّ الابتداءُ بها؛ إذْ لا يَسْتَقِيمُ الابتداءُ بقولِه: علىٰ أن تَعْملَ بالكوفةِ، وكذلك في أخواتِها، فاعْتُبِرَتْ متعلِّقةً بما قبلَها، فصارت بمعنىٰ الشَّرْطِ.

وقولُه: «واعمل بها بالكوفةِ»، بالواوِ وبغيرِ الواوِ يَسْتَقِيمُ الابتداءُ به؛ لأن الواوَ مما يَجُوزُ الابتداءُ به، واعْتُبِرَ كلامًا مُبْتَدَأً غيرَ مُتَعَلِّقٍ بما قبلَهُ، فتَثْبُتُ المُضَارَبةُ مُطْلَقةً عن الشَّرْطِ، وكان هذا مِن ربِّ المالِ مشورةً أشار بها علىٰ المُضَارِبِ، كأنه قال: إنْ فعَلْتَ كذا فهو أحسنُ وأنفَعُ [٢/٤٢٨و]. هذا حاصلُ ما ذكَره في «**تجريد المحيط**».

والمشورةُ: استخراجُ رأيٍ علىٰ غالبِ الظنِّ.

وقال شيخُ الإسلامِ [١٣/١٢٧ظ/د] علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ - في بابِ ما يَجُوزُ للمُضَارِبِ مِن «**شرح الكافي**» -: «وإذا دفَع إليه مالًا مُضَارَبةً علىٰ أن يَعْمَلَ به في الكوفةِ؛ فليس له أن يَعْمَلَ في غيرِها، ولا أن يُعْطِيَهُ بضاعةً لمنْ يَخْرُجُ به، فإنْ أخرَجه مِن الكوفةِ فاشْتَرَىٰ به، أوْ باع في غيرِها، فرَبِحَ، أوْ وُضِعَ؛ فالرِّبْحُ له يَتصَدَّقُ به، والوضِيعةُ عليه، وهو ضامنٌ لرأسِ المالِ، يُرِيدُ به أن يَصِيرَ مخالفًا؛ لأنه يَمْلِكُ التصَرُّفَ بتفويضِه، وقد فوَّضَ إليه التصَرُّفَ مُقَيَّدًا بالكوفةِ، وهذا التقييدُ مفيدٌ؛ لأن التجاراتِ مما يَخْتَلِفُ باختلافِ الأمْكِنةِ في الأسعارِ والأمانِ، ومَقْصُودُ ربِّ المالِ مما يَخْتَلِفُ باختلافِه.

فإنْ أخرَجه مِن الكوفةِ: فلَمْ يَشْتَرِ به شيئًا حتىٰ رَدَّه إليها، فهو مُضَارَبةٌ [٦/٢١٦ظ/م] علىٰ حالِه؛ لأنه أمينٌ خالَفَ، ثم عاد إلىٰ الوفاقِ، وتَكَلَّمُوا أنه هل يَصِيرُ

قَالَ: فَإِنْ خَرَجَ إِلَىٰ غَيْرِ ذَٰلِكَ الْبَلَدِ، فَاشْتَرَىٰ؛ ضَمِنَ وَكَانَ ذَٰلِكَ لَهُ، وَلَهُ رِبْحُهُ؛ لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ بِغَيْرِ أَمْرِهِ، وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِ حَتَّىٰ رَدَّهُ إِلَى الْكُوفَةِ وَهِيَ الَّتِي عَيَّنَهَا بَرِئَ مِنَ الضَّمَانِ، كَالْمُودِعِ إِذَا خَالَفَ فِي الْوَدِيعَةِ ثُمَّ تَرَكَ وَرَجَعَ الْمَالُ مُضَارَبَةً عَلَىٰ حَالِهِ لِبَقَائِهِ فِي يَدِهِ بِالْعَقْدِ السَّابِقِ، وَكَذَا إِذَا رَدَّ بَعْضَهُ وَاشْتَرَىٰ

غاية البيان

مخالفًا بنَفْسِ الإخراجِ؟ والأصحُّ أنه يَصِيرُ ضامنًا بنفسِ الإخراجِ؛ لأنه مَأْمُورٌ بالحِفْظِ في ضِمْنِ الأمرِ بالعملِ، والأمرُ بالعملِ مُقَيَّدٌ، فصار الأمرُ بالحفظِ مقيدًا أيضًا.

فإنِ اشْتَرَىٰ ببعضِه في غيرِ الكوفةِ، ثم اشْتَرَىٰ بما بقِيَ منه في الكوفةِ؛ فهو مخالِفٌ فيما اشْتَرَىٰ بغيرِ الكوفةِ، وما اشتراه بالكوفةِ فهو على المُضَاربةِ؛ لأن دليلَ الخلافِ وُجِدَ في بعضِه دونَ بعضٍ». كذا [١٣/١٢٨و/د] في «**شرح الكافي**».

قولُه: (**قَالَ: فَإِنْ خَرَجَ إِلَىٰ غَيْرِ ذَٰلِكَ الْبَلَدِ، فَاشْتَرَىٰ؛ ضَمِنَ**)، أي: قال في «**الجامع الصغير**».

وصورتُها فيه: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفةَ: في رَجُلٍ دَفَع إلىٰ رَجُلٍ ألفَ درهمٍ مُضَارَبةً بالنصفِ، علىٰ أن يَشْتَرِيَ ويَبِيعَ بالكوفةِ، فخرَج إلى البصرةِ، فاشْتَرَىٰ بها، قال: إذا اشْتَرَىٰ فهو ضامنٌ»(١). إلىٰ هنا لفْظُ محمَّدٍ في أصلِ «**الجامع الصغير**».

وقد شرَطَ الشِّرَاءَ للضامنِ كما ترَىٰ، وقال في كتابِ المُضَارَبةِ: «إذا أخرَجه مِن الكوفةِ فقد خالَف»، وقد جعَله مخالِفًا بنَفْسِ الإخراجِ.

قيل: هو الصحيحُ، وإنما شرَطَ الشِّرَاءَ في «**الجامع الصغير**»؛ لتقريرِ الضَّمانِ، لا لأصْلِ الوجوبِ؛ لأنه يَسْقُطُ الضَّمانُ عنه بالعَوْدِ قبلَ الشِّرَاءِ.

قولُه: (**وَكَانَ ذَٰلِكَ لَهُ، وَلَهُ رِبْحُهُ**)، **يعني**: إذا اشْتَرَىٰ خارجَ الكوفةِ وباع ورَبِح، أوْ وُضِعَ؛ فالرِّبْحُ له، والوضِيعةُ عليه، ولكن يتصَدَّقُ بِالرِّبْحِ عندَ أبي حنيفةَ

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٢٥].

بِبَعْضِهِ فِي الْمِصْرِ كَانَ الْمَرْدُودُ وَالْمُشْتَرَىٰ فِي الْمِصْرِ عَلَى الْمُضَارَبَةِ **لِمَا قُلْنَا**.

ثُمَّ شَرَطَ الشِّرَاءَ بِهَا هُنَا وَهُوَ رِوَايَةُ: «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»، وَفِي كِتَابِ الْمُضَارَبَةِ ضَمَّنَهُ بِنَفْسِ الْإِخْرَاجِ. وَالصَّحِيحُ أَنَّ بِالشِّرَاءِ يَتَقَرَّرُ الضَّمَانُ لِزَوَالِ احْتِمَالِ الرَّدِّ إِلَى الْمِصْرِ الَّذِي عَيَّنَهُ.

أَمَّا الضَّمَانُ فَوُجُوبُهُ بِنَفْسِ الْإِخْرَاجِ، وَإِنَّمَا شَرَطَ الشِّرَاءَ لِلتَّقَرُّرِ لَا لِأَصْلِ الْوُجُوبِ، **وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: عَلَىٰ أَنْ يَشْتَرِيَ فِي سُوقِ الْكُوفَةِ، حَيْثُ لَا يَصِحُّ التَّقْيِيدُ**؛ لِأَنَّ الْمِصْرَ مَعَ تَبَايُنِ أَطْرَافِهِ كَبُقْعَةٍ وَاحِدَةٍ فَلَا يُفِيدُ التَّقْيِيدُ،

غاية البيان

ومحمَّدٍ، وعلىٰ قولِ أبي يوسفَ: يَطِيبُ له الرِّبْحُ، ولا يَتصَدَّقُ، أصْلُه: المُودَع إذا تصَرَّفَ في الوَدِيعَةِ ورَبح.

قولُه: (لِمَا قُلْنَا)، إِشَارةٌ إلىٰ قولِه: **(لِبَقَائِهِ فِي يَدِهِ بِالْعَقْدِ السَّابِقِ)**.

قولُه: (وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: عَلَىٰ أَنْ يَشْتَرِيَ فِي سُوقِ الْكُوفَةِ، حَيْثُ [١٣/١٢٨ظ/د] **لَا يَصِحُّ التَّقْيِيدُ)**، أي: هذا الذي ذَكَرْنا مِن التقييدِ بالبلدِ ـ حيث لزِمه الضَّمانُ إذا جاوَزه ـ خلافُ ما إذا قال: علىٰ أن تعملَ في سُوقِ الكوفةِ؛ لأنه لا يَتَقَيَّدُ بها، حتَّىٰ إذا اشْتَرَىٰ وباع بالكوفةِ في غيرِ سُوقِها لم يَضْمَنْ. وهذا الذي ذَكَره استحسانٌ.

قال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ في «**شرح الكافي**»: «ولو دفَعه مُضَارَبةً علىٰ أن يَعْمَلَ به في سُوقِ الكوفةِ؛ له أن يَعْمَلَ في غيرِ السُّوقِ بالكوفةِ استحسانًا، والقياسُ: ألَّا يَمْلِكَ؛ لأنه قَيَّدَه به، إلا أنَّا استَحْسَنَّا وقُلنا: يَمْلِكُه في غيرِ السُّوقِ إذا كان في الكوفةِ؛ لأن الشِّرَاءَ لا يتفاوَتُ [بينَ][1] أنْ يَكُونَ في

(١) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

إِلَّا إِذَا صَرَّحَ بِالنَّهْيِ بِأَنْ قَالَ: اعْمَلْ فِي السُّوقِ وَلَا تَعْمَلْ فِي غَيْرِ السُّوقِ ؛ لِأَنَّهُ صَرَّحَ بِالْحَجْرِ، وَالوِلَايَةُ إِلَيْهِ. وَمَعْنَى التَّخْصِيصِ: أَنْ يَقُولَ: عَلَى أَنْ تَعْمَلَ كَذَا، أَوْ فِي مَكَانِ كَذَا وَكَذَا، إِذَا قَالَ: خُذْ هَذَا الْمَالَ تَعْمَلُ بِهِ فِي الْكُوفَةِ ؛ لِأَنَّهُ تَفْسِيرٌ لَهُ، أَوْ قَالَ: فَاعْمَلْ بِهِ فِي الْكُوفَةِ ؛ لِأَنَّ الْفَاءَ لِلْوَصْلِ، أَوْ قَالَ: خُذْهُ بِالنِّصْفِ بِالْكُوفَةِ ؛ لِأَنَّ الْبَاءَ لِلْإِلْصَاقِ.

غاية البيان

السُّوقِ، وبينَ أن يَكُونَ في غيرِ السُّوقِ ؛ لأن الأسعارَ لا تتفاوَتُ في مِصْرٍ واحدٍ، فلا يَكُونُ التقييدُ مفيدًا.

ولو قال: لا تَعْمَلُ به إلا في السُّوقِ، فعَمِلَ في الكوفةِ في غيرِ السُّوقِ ؛ فهو مخالفٌ، بخلافِ ما إذا قال: على أن تَعْمَلَ [٢/٤٢٨ظ] في السُّوقِ ؛ لأنه أطْلَقَ العملَ به، ثم قَيَّدَه [٦/٢١٧و/م] بمكانٍ، والتقييدُ لغْوٌ، وفي الفصلِ الثاني بدأ بالنهيِ، واستثنى تصرُّفًا خاصًّا، فلو ألغَيْناه لا يَسْتَقِيمُ الإطلاقُ بصَدْرِ الكلامِ.

نَظِيرُه: ما قال في كتابِ الوَدِيعةِ: لا تحْفَظْ إلا في هذا البيتِ، أنه لو [١٣/١٢٩و/د] حَفِظَ في بيتٍ آخرَ يَضْمَنُ، وإن كان مِثْلُه في الحِرْزِ، ولو قال: احفِظْه في هذا البيتِ، فحَفِظه في بيتٍ آخرَ ؛ لا يَضْمَنُ، والفرقُ ما قُلناه.

ولو قال: خُذْه مُضَارَبةً على أن تَشْتَرِيَ به الطعامَ، أوْ قال: فاشتَرِ به الطعامَ، أوْ تَشْتَرِي به الطعامَ، أوْ قال: خُذه مُضَارَبةً بالنصفِ في الطعامِ ؛ فهو مُضَارَبةٌ في الحِنْطَةِ والدقيقِ خاصَّةً، وليس له أن يَشْتَرِيَ به غيرَهما ؛ لأن هذه الألفاظَ تُوجِبُ التقييدَ». هكذا ذكَر في «**شرح الكافي**».

وقال صاحبُ «المحيط»: «هذا على عُرْفِهم، فإنَّ لهم سُوقًا يُسَمَّى: سوقَ الطعامِ، يُباعُ فيها الحِنْطَةُ ودَقِيقُها».

قولُه (وَمَعْنَى التَّخْصِيصِ: أَنْ يَقُولَ: عَلَى أَنْ تَعْمَلَ كَذَا، أَوْ فِي مَكَانِ كَذَا).

أَمَّا [٩٦/ظ] إِذَا قَالَ: خُذْ هَذَا الْمَالَ وَاعْمَلْ بِهِ بِالْكُوفَةِ، فَلَهُ أَنْ يَعْمَلَ فِيهَا وَفِي غَيْرِهَا؛ لِأَنَّ الْوَاوَ لِلْعَطْفِ فَيَصِيرُ بِمَنْزِلَةِ الْمَشْورَةِ.

وَلَوْ قَالَ: عَلَىٰ أَنْ تَشْتَرِيَ مِنْ فُلَانٍ وَتَبِيعَ مِنْهُ؛ صَحَّ التَّقْيِيدُ؛ لِأَنَّهُ مُفِيدٌ لِزِيَادَةِ الثِّقَةِ بِهِ فِي الْمُعَامَلَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: عَلَىٰ أَنْ تَشْتَرِيَ بِهَا مِنْ أَهْلِ الْكُوفَةِ، أَوْ دَفَعَ فِي الصَّرْفِ عَلَىٰ أَنْ تَشْتَرِيَ بِهِ مِنَ الصَّيَارِفَةِ وَتَبِيعَ مِنْهُمْ فَبَاعَ

غاية البيان

يتعلَّق بقولِه: (وَإِنْ خَصَّ لَهُ رَبُّ الْمَالِ التَّصَرُّفَ فِي بَلَدٍ بِعَيْنِهِ، أَوْ فِي سِلْعَةٍ بِعَيْنِهَا؛ لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَتَجَاوَزَهَا).

ويريد به: بيانَ الألفاظِ التي تَكُونُ للشَّرْطِ، وما يَكُونُ للمَشورةِ، وقد ذَكَرْنا قُبَيْلَ هذا ما يَكُونُ للشَّرْطِ، وما يَكُونُ للمَشورةِ، فالأوَّلُ: ستَّةُ ألفاظٍ، والثاني: لفظان.

قولُه: (وَلَوْ قَالَ: عَلَىٰ أَنْ تَشْتَرِيَ مِنْ فُلَانٍ وَتَبِيعَ مِنْهُ؛ صَحَّ التَّقْيِيدُ). ذكرَ هذا تفريعًا علىٰ ما تقدَّم.

وبيانُه: فيما ذكرَ القُدُورِيُّ في شرحِه لـ«**مختصر الكَرْخِيِّ** رحمه الله»: قال: «وإذا قال: علىٰ أنْ تَشْتَرِيَ مِن فلانٍ وتَبِيعَ منه؛ فهو علىٰ فلانٍ خاصَّةً لا يتعدَّاه؛ لأن هذا [١٣/١٢٩ظ/د] التخصيصَ فيه فائدةٌ، فيَثْبُتُ حُكْمُه.

وإذا قال: علىٰ أنْ تَشْتَرِيَ بها مِن أهلِ الكوفةِ وتبِيعَ، فاشْتَرَىٰ وباعَ مِن رَجُلٍ بالكوفةِ مِن غيرِ أهلِها [جاز][1]؛ لأن هذا التخصيصَ لا فائدةَ فيه إلا ترْكَ السفرِ، فكأنه قال: علىٰ أنْ تَشْتَرِيَ ممنْ بالكوفةِ.

وكذلك إذا دفَع إليه مالًا مُضَارَبةً في الصَّرْفِ علىٰ أنْ يَشْتَرِيَ مِن الصَّيَارِفَةِ ويَبيعَ؛ فلَه أنْ يَشْتَرِيَ مِن غيرِ الصَّيَارِفَةِ، ويبِيعَ ما بدا له مِن الصَّرْفِ؛ لأنه تخصيصٌ لا فائدةَ فيه إلا تخصيصَ البلدِ أو النوعِ، فإذا حَصَلَ ذلك مِن صيْرَفِيٍّ أوْ غيرِه؛

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

بِالْكُوفَةِ مِنْ غَيْرِ أَهْلِهَا أَوْ مِنْ غَيْرِ الصَّيَارِفَةِ جَازَ؛ **لِأَنَّ فَائِدَةَ الْأَوَّلِ** التَّقْيِيدُ بِالْمَكَانِ، **وَفَائِدَةَ الثَّانِي** التَّقْيِيدُ **بِالنَّوْعِ**، هَذَا هُوَ الْمُرَادُ عُرْفًا لَا فِيمَا وَرَاءَ ذَلِكَ.

قَالَ: وَكَذَلِكَ إِنْ وَقَّتَ لِلْمُضَارَبَةِ وَقْتًا بِعَيْنِهِ؛ يَبْطُلُ الْعَقْدُ بِمُضِيِّهِ؛ لِأَنَّهُ تَوْكِيلٌ فَيَتَوَقَّتُ بِمَا وَقَّتَهُ، وَالتَّوْقِيتُ مُفِيدٌ، وَأَنَّهُ تَقْيِيدٌ بِالزَّمَانِ، فَصَارَ كَالتَّقْيِيدِ بِالنَّوْعِ وَالْمَكَانِ.

قَالَ: وَلَيْسَ لِلْمُضَارِبِ أَنْ يَشْتَرِيَ مَنْ يَعْتِقُ عَلَى رَبِّ الْمَالِ لِقَرَابَةٍ أَوْ غَيْرِهَا؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ وُضِعَ لِتَحْصِيلِ الرِّبْحِ، وَذَلِكَ بِالتَّصَرُّفِ مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَىٰ،

غاية البيان

فهو سواءٌ».

قولُه: (لِأَنَّ فَائِدَةَ الْأَوَّلِ)، أراد بالأوَّلِ قولَه: **(عَلَىٰ أَنْ تَشْتَرِيَ بِهَا مِنْ أَهْلِ الْكُوفَةِ)**.

قولُه: (وَفَائِدَةَ الثَّانِي)، أراد بالثاني قولَه: **(عَلَىٰ أَنْ تَشْتَرِيَ بِهِ مِنَ الصَّيَارِفَةِ)**.

قولُه: (بِالنَّوْعِ)، أراد به الصَّرْفَ.

قولُه: (قَالَ: وَكَذَلِكَ إِنْ وَقَّتَ لِلْمُضَارَبَةِ وَقْتًا بِعَيْنِهِ؛ يَبْطُلُ الْعَقْدُ بِمُضِيِّهِ)، أي: قال القُدُورِيُّ رحمه الله في «**مختصره**»[(١)].

وذلك لأن التقييدَ مفيدٌ، فيَخْتَصُّ بذلك الوقتِ كالتقييدِ بالنوعِ: نحوُ الطعامِ، أو المكانِ: نحوُ [٦/٢١٧ظ/م] الكوفةِ، وهذا لأن المُضَارَبَةَ فيها معنىٰ الوَكَالَةِ، فيَتَقَيَّدُ بما قَيَّدَ المُوَكِّلُ؛ كالوَكَالةِ المؤقَّتةِ.

قولُه: (قَالَ: وَلَيْسَ لِلْمُضَارِبِ أَنْ يَشْتَرِيَ مَنْ يَعْتِقُ عَلَىٰ رَبِّ الْمَالِ [١٣/١٣٠و/د] **لِقَرَابَةٍ أَوْ غَيْرِهَا)**، أي: قال القُدُورِيُّ في «**مختصره**»[(٢)].

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١١٣].

(٢) ينظر: المصدر السابق.

وَلَا يَتَحَقَّقُ فِيهِ لِعِتْقِهِ، وَلِهَذَا لَا يَدْخُلُ فِي الْمُضَارَبَةِ شِرَاءُ مَا لَا يَمْلِكُ بِالْقَبْضِ كَشِرَاءِ الْخَمْرِ وَالْمَيْتَةِ.

غاية البيان

وأراد بقولِه: (أَوْ غَيْرِهَا)، مَن يَعْتِقُ عليه باليمينِ، بأنْ حلَف على عِتْقِه إذا ملَكَه.

والأصلُ هنا: أن المُضَارِبَ إذا اشْتَرَىٰ ما لا يَمْلِكُ بِالقَبْضِ، أوِ اشْتَرَىٰ ما لا يَصِحُّ بَيْعُه بعدَ الشِّرَاءِ؛ فإنه لا يَكُونُ على المُضَارَبةِ، وذلك لأن المُضَارَبةَ إذْنٌ في التصرُّفِ الذي يحْصُلُ به الرِّبْحُ، وذلك لا يَكُونُ إلا بِالشِّراءِ أو البَيْعِ، فما لا يَمْلِكُ لا يحْصُلُ فيه الرِّبْحُ، وما لا يَقْدِرُ على بيعِه لم يحْصُلْ فيه الرِّبْحُ، فلا يَدْخُلُ ذلك تحتَ الإذْنِ.

فإنِ اشتراه كان مشْتريًا لنفسِه، فإذا دفَع فيه مالَ المُضَارَبةِ ضَمِنَه، وذلك مِثْلُ أن يَشْتَرِيَ خَمْرًا، أوْ خِنْزِيرًا، [أوْ مُدَبَّرًا][1]، أوْ مُكاتَبًا، أو أُمَّ ولَدٍ، أوْ مَيْتَةً، أوْ دمًا؛ لأن هذه الأشياءَ لا تُمْلَكُ وإنْ [٤٢٩/٢و] قبَضَها؛ فلا تَدْخُلُ تحتَ الإذنِ، فإنِ اشْتَرَىٰ عبدًا، أوْ ثوبًا، أوْ عَرْضًا مِن العُروضِ بشيءٍ مما ذَكَرْنا غيرَ المَيْتَةِ والدَّمِ، فالشراءُ على المُضَارَبةِ؛ لأن المَبِيعَ يُمْلَكُ بِالقَبْضِ، ويَجُوزُ بَيْعُه.

والإذْنُ في الشِّرَاءِ على المُضَارَبةِ يَتَناوَلُ الصحيحَ والفَاسدَ، فأمَّا إذا كان الثَّمَنُ مَيْتَةً أوْ دمًا، فما اشتراه لا يَكُونُ على المُضَارَبةِ؛ لأن ذلك لا يُمْلَكُ [١٣/١٣٠ظ/د] بِالقَبْضِ، وإنِ اشْتَرَىٰ ذا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِن ربِّ المالِ، فهو مُشْترٍ لنفسِه؛ لأن هذا لوِ اشترَاه على المُضَارَبةِ عَتَقَ على ربِّ المالِ، فلَمْ يَقْدِرْ على بَيْعِه[2]. كذا ذكَر **القُدُورِيُّ** في شرحِه لـ«**مختصر الكَرْخِيِّ**» رحمه الله.

وتمامُ البيانِ: ما ذكَره الإمامُ الأَسْبِيْجَابيُّ في «**شرح الطَّحَاوِيّ**» رحمهما الله[3]: «وليس

---

(١) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».
(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/١١٥].
(٣) من هنا بدأ النقل من «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق/٢٨٤].

....

للمُضَارِبِ أن يَشْتَرِيَ بمال المُضَارَبةِ ما لا يَقْدِرُ علىٰ بَيْعِه، كما إذا اشْتَرَىٰ بمالِ المُضَارَبَةِ مَن يَعْتِقُ علىٰ ربِّ المالِ إذا دخَل في مِلْكِه، ويَكُونُ المُضَارِبُ مشْتريًا لنفسِه.

بخلافِ الوَكِيلِ في شِرَاءِ العبدِ علىٰ الإطلاقِ بألفِ درهمٍ، فاشْتَرَىٰ لمُوَكِّلِه عبدًا بألفِ درهمٍ؛ يَعْتِقُ عليه بالقَرابةِ، أوْ باليمينِ، حيثُ لا يَكُونُ مخالفًا، ويَكُونُ الشِّرَاءُ للمُوَكِّلِ، ويَعْتِقُ عليه؛ لأن في بابِ الوَكَالَةِ أطلقَ الوَكَالَةَ إطلاقًا، وفي المُضَارَبةِ لَمْ يُطْلِقْ بل قَيَّدَها بوَصْفٍ، وهو الشِّرَاءُ بما يَظْهَرُ فيه الرِّبْحُ بالبَيْعِ.

وإذا اشْتَرَىٰ مَن لا يَقْدِرُ علىٰ بَيْعِه؛ فقد خالَف علىٰ قَيْدِه، وفي بابِ الوَكَالَةِ لو قَيَّدَها أيضًا، وقال: اشْتَرِ لي جَارِيةً، أوْ عبدًا بألفِ درهمٍ أَبِيعُه، فاشْتَرَىٰ عبدًا؛ يَعْتِقُ عليه، بأنِ اشْتَرَىٰ قريبَه، فصار مخالفًا، ولا فرْقَ بينَهما.

وكذلك ليس للمُضَارِبِ أنْ يَشْتَرِيَ بمالِ المُضَارَبَةِ مِن الإماءِ مَن [١٣/١٣١و/د] قد ولدَتْ مِن ربِّ المالِ؛ لأنه لو صحَّ شراؤُه للمُضَارَبةِ، صارت أُمَّ ولَدٍ لربِّ المالِ، ولا يَقْدِرُ علىٰ بَيْعِها، وكذلك لوِ اشْتَرَىٰ بمالِ المُضَارَبةِ خَمْرًا أوْ خِنْزِيرًا أوْ مَيْتَةً أوْ دمًا؛ صار مخالفًا، ولو [٦/٢١٨و/م] نَقَد مالَ المُضَارَبَةِ ضَمِن.

ولوِ اشْتَرَىٰ بمالِ المُضَارَبةِ مَن يَعْتِقُ علىٰ المُضَارِبِ إذا مَلَكه مِن ذي الرَّحِمِ المَحْرَمِ، أوْ جَارِيةً قد ولدَتْ منه؛ فإنه يُنْظَرُ إلىٰ قيمتِه وقتَ الشِّرَاءِ: فإنْ لم يَكُنْ في قيمَتِه فضْلٌ [١٣/١٣١ظ/د] علىٰ رأسِ المالِ؛ لا يَصيرُ مخالفًا، وصحَّ شراؤُه للمُضَارَبةِ[1]؛ لأنه اشْتَرَىٰ مَن يَقْدِرُ علىٰ بَيْعِه؛ لأنه لَمْ يَظْهَرْ للمُضَارِبِ فيه نصيبٌ، فلا يَعْتِقُ، ولا تصيرُ الجَارِيةُ أُمَّ ولَدٍ له.

---

(١) وقع بالأصل: «للمُضَارِب». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

. . . .

ولو كان وَقْتُ الشِّرَاءِ في قيمَتِه فضْلٌ علىٰ رأسِ المالِ؛ يَكُونُ مخالفًا، ويَكُونُ مشْتريًا لنفسِه ويَعْتِقُ عليه؛ لأنه لو صحَّ شراؤُه للمُضَارَبةِ ما قَدَر علىٰ بَيْعِه؛ لأنه يَعْتِقُ منه قَدْرُ نصيبِ المُضَارِبِ مِن الفضلِ، ويَكُونُ البَاقِي مُسْتَسْعًىٰ، ولا يَجُوزُ بَيْعُ المُسْتَسْعَىٰ، ولَمْ يَصِحَّ شراؤُه للمُضَارَبَةِ، ويَصِيرُ مشْتريًا لنفسِه، ويَعْتِقُ كلُّه، وتصيرُ الجَارِيةُ أُمَّ ولَدٍ له، ويَضْمَنُ ما نَقَد مِن مالِ ربِّ المالِ.

ولو لم يَكُنْ في قيمَتِه فضْلٌ علىٰ رأسِ المالِ وَقْتَ الشِّرَاءِ، ثم ازدادَتْ قيمتُه بعدَ الشِّرَاءِ، وظهَر للمُضَارِبِ فيه نصيبٌ، فلا يَكُونُ مخالفًا أيضًا؛ لأنه لا صُنْعَ له فيه، ولكن يَعْتِقُ علىٰ المُضَارِبِ ما ملَكَ منه، وهو نِصْفُ الفضلِ.

ولا ضَمانَ علىٰ المُضَارِبِ؛ لأنه لا صُنْعَ له فيه، ويَسْعَىٰ الغُلَامُ في قَدْرِ رأسِ المالِ، وفي حِصَّةِ ربِّ المالِ مِن الفضلِ، ويَكُونُ ولاؤُه بينَهما علىٰ قَدْرِ ذلك، وعندَهما: عَتَقَ ذلك كلُّه علىٰ المُضَارِبِ؛ لأن العِتْقَ عندَهما لا يتجَزَّأُ، ويَسْعَىٰ الغُلَامُ لربِّ المالِ علىٰ ما ذكَرْناه، والْوَلَاءُ كلُّه للمُضَارِبِ.

ولو كانتِ المُشْتَرَاةُ جَارِيةً قد ولدَتْ مِن المُضَارِبِ، ولَمْ يَكُنْ في قيمَتِها فضْلٌ علىٰ رأسِ المالِ؛ لم يَصِرْ [٢/٤٢٩ظ] مخالفًا، وكان له أنْ يَبِيعَها، ولوِ ازدادَتْ قيمتُها بعدَ الشِّرَاءِ، وظهَر للمُضَارِبِ فيها نصيبٌ؛ صار ذلك القَدْرُ منها أُمَّ ولَدٍ للمُضَارِبِ.

فلَمَّا صار البعضُ أُمَّ ولَدٍ له؛ صار الكلُّ أُمَّ ولَدٍ له؛ لأن أُمومِيَّةَ الولدِ لا تَتجَزَّأُ، وضَمِنَ المُضَارِبُ لربِّ المالِ قَدْرَ رأسِ المالِ وحِصَّتَه مِن الرِّبْحِ مُعْسِرًا كان أوْ مُوسِرًا؛ لأنه ضَمانُ حَبْسِ المالِ، فيستَوِي فيه اليَسارُ والإعسارُ، ولا سِعَايةَ علىٰ أُمِّ الولدِ»(١).

(١) إلىٰ هنا انتهىٰ النقل من «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيُّ [ق/٢٨٥].

بِخِلَافِ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ؛ لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ بَيْعُهُ بَعْدَ قَبْضِهِ فَيَتَحَقَّقُ الْمَقْصُودُ.

قَالَ: وَلَوْ فَعَلَ صَارَ مُشْتَرِيًا لِنَفْسِهِ دُونَ الْمُضَارَبَةِ؛ لِأَنَّ الشِّرَاءَ مَتَىٰ وَجَدَ نَفَاذًا عَلَىٰ الْمُشْتَرِي نَفَذَ عَلَيْهِ كَالْوَكِيلِ بِالشِّرَاءِ إِذَا خَالَفَ.

قَالَ: وَإِنْ كَانَ فِي الْمَالِ رِبْحٌ؛ لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ مَنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ يَعْتِقُ عَلَيْهِ نَصِيبُهُ، وَيَفْسُدُ نَصِيبُ رَبِّ الْمَالِ أَوْ يَعْتِقُ عَلَىٰ الِاخْتِلَافِ الْمَعْرُوفِ

غاية البيان

قولُه: (بِخِلَافِ [١٣/١٣٢و/د] الْبَيْعِ الْفَاسِدِ)، متَّصِلٌ بقولِه: (لَا يَدْخَلُ فِي الْمُضَارَبَةِ شِرَاءُ مَا لَا يَمْلِكُ)، يَعْنِي: أن البَيْعَ الفَاسِدَ يَدْخُلُ في المُضَارَبةِ، ولا يَكُونُ به مخالفًا؛ لأنه يَمْلِكُ البَيْعَ بِالقَبْضِ، وقد مَرَّ البيانُ آنفًا.

قولُه: (قَالَ: وَلَوْ فَعَلَ صَارَ مُشْتَرِيًا لِنَفْسِهِ دُونَ الْمُضَارَبَةِ)، أي: قال القُدُورِيُّ رحمه الله في «مختصره»[1].

يعني: لوِ اشْتَرَىٰ المُضَارِبُ مَن يَعْتِقُ علىٰ ربِّ المالِ؛ كان الشِّرَاءُ له خاصَّةً لا للمُضَارَبةِ، وذلك [٦/٢١٨ظ/م] لأن هذا الشِّرَاءَ لم يَدْخُلْ تَحْتَ الإذنِ؛ كَالْوَكِيلِ إذا اشْتَرَىٰ ما لم يُؤْذَنْ له؛ كان الشِّرَاءُ له، فكذا هنا.

قولُه: (قَالَ: وَإِنْ كَانَ فِي الْمَالِ رِبْحٌ؛ لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ مَنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»[2].

وقولُه: (عَلَيْهِ)، أي: علىٰ المُضَارِبِ، وذلك لأنه لم يَدْخُلْ تحتَ الإذنِ؛ لأنه إذا كان فيه رِبْحٌ؛ يَعْتِقُ نصيبُهُ، ولا يَقْدِرُ علىٰ بَيْعِه بعدَ ذلك، وما لا يَقْدِرُ علىٰ بَيْعِه لا يَدْخُلُ تحتَ الإذنِ.

قولُه: (وَيَفْسُدُ نَصِيبُ رَبِّ الْمَالِ أَوْ يَعْتِقُ)، يعني: إذا عَتَقَ نصيبُ المُضَارِبِ

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١١٣].

(٢) ينظر: المصدر السابق.

فَيَمْتَنِعُ التَّصَرُّفُ فَلَا يَحْصُلُ الْمَقْصُودُ، **وَإِنِ اشْتَرَاهُمْ ضَمِنَ مَالَ الْمُضَارَبَةِ**؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ مُشْتَرِيًا الْعَبْدَ لِنَفْسِهِ فَيَضْمَنُ بِالنَّقْدِ مِنْ مَالِ الْمُضَارَبَةِ.

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي الْمَالِ رِبْحٌ جَازَ أَنْ يَشْتَرِيَهُمْ؛ لِأَنَّهُ لَا مَانِعَ مِنَ التَّصَرُّفِ، إِذْ لَا شَرِكَةَ لَهُ فِيهِ لِيَعْتِقَ عَلَيْهِ.

فَإِنْ زَادَتْ قِيمَتُهُمْ بَعْدَ الشِّرَاءِ عَتَقَ نَصِيبُهُ مِنْهُمْ لِمِلْكِهِ بَعْضَ قَرِيبِهِ، وَلَمْ

غاية البيان

يَفْسُدُ نصيبُ ربِّ المالِ على قولِ أبي حنيفةَ رضي الله عنه؛ لأنه مُسْتَسْعًى، وبَيْعُ المستسعَى لا يَجُوزُ، أوْ يَعْتِقُ كلُّ العبدِ على قولِهما، فإذا فسَدَ نصيبُ ربِّ المالِ، أوْ عَتَقَ العبدُ، فيَمْتَنِعُ التصَرُّفُ في العبدِ بالبَيْعِ، فلا يحْصُلُ المَقْصُودُ مِن المُضَارَبةِ، وهو الرِّبْحُ، وهذا معنى قولِه: (**عَلَى** [١٣/١٣٢ظ/د] **الِاخْتِلَافِ الْمَعْرُوفِ**)، أشار به إلى أن الْإِعْتَاقَ يتَجَزَّأُ عندَه خلافًا لهما.

قولُه: (**وَإِنِ اشْتَرَاهُمْ ضَمِنَ مَالَ الْمُضَارَبَةِ**)، وهذا لفْظُ القُدُورِيِّ[١] أيضًا.

يَعْنِي: إن اشْتَرَى المُضَارِبُ مَن يَعْتِقُ عليه ضَمِن؛ لأنه اشْتَرَى بمالِ المُضَارَبَةِ لنفسِه.

قولُه: (**وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي الْمَالِ رِبْحٌ؛ جَازَ أَنْ يَشْتَرِيَهُمْ**)، هذا لفْظُ القُدُورِيِّ[٢] أيضًا، وذلك لأنه إذا لم يَكُنْ رِبْحٌ انتفَى المانعُ مِن الشِّرَاءِ، فدخلَ ذلك تحتَ الإِذْنِ فجَاز.

قولُه: (**فَإِنْ زَادَتْ قِيمَتُهُمْ بَعْدَ الشِّرَاءِ؛ عَتَقَ نَصِيبُهُ مِنْهُمْ**)، وهذا لفْظُ القُدُورِيِّ رحمه الله أيضًا، وتمامُه فيه: «ولم يَضْمَنْ لربِّ المالِ شيئًا»[٣].

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١١٣].

(٢) ينظر: المصدر السابق.

(٣) ينظر: نفس المصدر.

يَضْمَنْ لِرَبِّ الْمَالِ شَيْئًا؛ لِأَنَّهُ لَا صُنْعَ مِنْ جِهَتِهِ فِي زِيَادَةِ الْقِيمَةِ، وَلَا فِي مِلْكِهِ الزِّيَادَةُ، لِأَنَّ هَذَا شَيْءٌ يَثْبُتُ مِنْ طَرِيقِ الْحُكْمِ [٩٧/و] فَصَارَ كَمَا إِذَا وَرِثَهُ مَعَ غَيْرِهِ، **وَيَسْعَىٰ الْعَبْدُ فِي قِيمَةِ نَصِيبِهِ مِنْهُ** مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ احْتُسِبَتْ مَالِيَّتُهُ عِنْدَهُ فَيَسْعَىٰ فِيهِ كَمَا فِي الْوَرَثَةِ.

قَالَ: فَإِنْ كَانَ مَعَ الْمُضَارِبِ أَلْفٌ بِالنِّصْفِ، فَاشْتَرَىٰ بِهَا جَارِيَةً قِيمَتُهَا أَلْفٌ فَوَطِئَهَا فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ يُسَاوِي أَلْفًا فَادَّعَاهُ ثُمَّ بَلَغَتْ قِيمَةُ الْغُلَامِ أَلْفًا وَخَمْسِمَائَةٍ وَالْمُدَّعِي مُوسِرٌ، فَإِنْ شَاءَ رَبُّ الْمَالِ اسْتَسْعَىٰ الْغُلَامَ فِي أَلْفٍ وَمِائَتَيْنِ وَخَمْسِينَ، وَإِنْ شَاءَ أَعْتَقَ.

غاية البيان

وإنما عَتَقَ نصيبُ المُضَارِبِ؛ لأن مِلْكَ القريبِ إِعْتَاقٌ بالحديثِ، وإنما لم يَضْمَنْ لعدمِ الصنْعِ منه؛ لأن ازديادَ القِيمةِ وتمَلُّكَه ذلك أمْرٌ حُكْمِيٌّ لا اختيارَ له فيه، كما إذا وَرِثه معَ غيرِه، كما إذا اشترَتْ امرأةٌ ابنَ زَوْجِها، فماتَتْ وتركَتْ زوجًا وأخًا؛ لا يَضْمَنُ الزوجُ للأخِ؛ لعدمِ الصنْعِ منه، فكذا هنا.

قولُه: (وَيَسْعَىٰ الْعَبْدُ فِي قِيمَةِ نَصِيبِهِ مِنْهُ)، هذا لفْظُ القُدُورِيِّ أيضًا[1]، **أي:** في قِيمةِ نصيبِ ربِّ المالِ مِن العبدِ، وهو رأسُ المالِ، ونصيبُ ربِّ المالِ مِن الرِّبْحِ، وذلك لأن أحدَ الشريكَيْنِ إذا عَتَقَ عليه العبدُ [١٣/١٣٣و/د]، ولم يَلْزَمْهُ الضَّمانُ لوقوعِه بطريقِ الحُكْمِ؛ يَجِبُ على العبدِ السِّعَايةُ؛ لاحتباسِ المَالِيَّةِ عندَ العبدِ كما في الوراثةِ، فكذلك ههنا، وصورةُ الوراثةِ: ما إذا اشترَتْ ابنَ زوْجِها، ثم ماتت وتركَتْ زَوْجَها وأخاها.

قولُه: (فَإِنْ كَانَ مَعَ الْمُضَارِبِ أَلْفٌ بِالنِّصْفِ، فَاشْتَرَىٰ بِهَا جَارِيَةً قِيمَتُهَا أَلْفٌ فَوَطِئَهَا..). إلى آخره.

(١) ينظر: نفس المصدر.

وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الدَّعْوَةَ صَحِيحَةٌ فِي الظَّاهِرِ حَمْلًا عَلَىٰ فِرَاشِ النِّكَاحِ، لَكِنَّهُ لَمْ يَنْفُذْ لِفَقْدِ شَرْطِهِ وَهُوَ الْمِلْكُ؛ لِعَدَمِ ظُهُورِ الرِّبْحِ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا: أَعْنِي الْأُمَّ وَالْوَلَدَ مُسْتَحَقٌّ بِرَأْسِ الْمَالِ كَمَالَ الْمُضَارَبَةِ إِذَا صَارَ أَعْيَانًا، كُلُّ عَيْنٍ مِنْهَا تُسَاوِي رَأْسَ الْمَالِ، لَا يَظْهَرُ الرِّبْحُ كَذَا هَذَا.

غاية البيان

وصورتُها في «الجامع الصغير»: «محمَّدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفةَ رضي الله عنهم: في رَجُلٍ دفَع إلىٰ رَجُلٍ ألفَ درهمٍ مُضَاربةً [٢/٤٣٠و] بالنصفِ، فاشْتَرَىٰ بها جَارِيةً تساوِي ألفًا فوَطِئَها، ثم جاءتْ بولدٍ، فزعَم أنه ابنُه، ثم زاد الغُلَامُ حتىٰ صار [٦/٢١٩و/م] يُساوِي ألفًا وخمسَ مئةٍ، والرَّجُلُ المُدَّعِي مُوسِرٌ، قال: إنْ شاء ربُّ المالِ استسعَىٰ الغُلَامُ في ألفٍ ومئتينِ وخمسين، وإنْ شاء أعتَقَ الغُلَامَ، فإذا دفَع إليه ألفًا ضَمِن المُدَّعِي نِصْفَ قِيمَةِ الأمِّ»[1]. إلىٰ هنا لفْظُ محمَّدٍ رحمه الله في أصْلِ **«الجامع الصغير»**.

وقولُه[2]: «والمُدَّعِي مُوسِرٌ»، أي: المُدَّعِي للولدِ، وهو المُضَارِبُ، وإنما قَيَّدَ بيَسارِه؛ نفيًا لشبْهةٍ تَرِدُ بأنْ يقالَ: كان يَنْبَغِي أن يَضْمَنَ المُضَارِبُ نصيبَ ربِّ المالِ إذا كان المُضَارِبُ موسرًا؛ لأن ضَمانَ العِتْقِ يَخْتَلِفُ باليَسارِ والإعسارِ، ولكنَّه لا يَضْمَنُ وإنْ كان موسرًا؛ لأن نفوذَ العِتْقِ بمَعْنًىٰ حُكْمِيٍّ، لا صُنْعَ للمُضَارِبِ فيه علىٰ ما نُبَيِّنُه. واللهُ أعلَمُ

اعلم: أن الولدَ إذا لَمْ تَزِدْ قيمتُه علىٰ ألفٍ، فدعوةُ المُضَارِبِ باطلةٌ؛ لأنه لا مِلْكَ في واحدٍ مِن الولدِ والأُمِّ؛ لأن كُلَّ واحدٍ منهما مشغولٌ برأسِ المالِ، وانتفَىٰ الحَدُّ لاحتمالِ تعلُّقِ حقِّه به علىٰ تقديرِ ظهورِ الرِّبْحِ في الثاني، ولا يَثْبُتُ النَّسَبُ لعدمِ المِلْكِ أصلًا، ويَضْمَنُ العُقْرَ، فيَكُونُ مِن المُضَارَبةِ؛ لأنه بدلُ المنافعِ، فصار

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٢١].

(٢) أي: قول: «الجامع الصغير».

فَإِذَا زَادَتْ قِيمَةُ الْغُلَامِ الآنَ ظَهَرَ الرِّبْحُ فَنَفَذَتِ الدَّعْوَةُ السَّابِقَةُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَعْتَقَ الْوَلَدُ ثُمَّ ازْدَادَتِ الْقِيمَةُ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ إِنْشَاءُ الْعِتْقِ، فَإِذَا بَطَلَ لِعَدَمِ الْمِلْكِ لَا يَنْفُذُ بَعْدَ ذَلِكَ بِحُدُوثِ الْمِلْكِ، أَمَّا هَذَا إِخْبَارٌ فَجَازَ أَنْ يَنْفُذَ عِنْدَ حُدُوثِ الْمِلْكِ، كَمَا إِذَا أَقَرَّ بِحُرِّيَّةِ عَبْدِ غَيْرِهِ ثُمَّ اشْتَرَاهُ، وَإِذَا صَحَّتِ الدَّعْوَةُ وَثَبَتَ النَّسَبُ عَتَقَ الْوَلَدُ لِقِيَامِ مِلْكِهِ فِي بَعْضِهِ، وَلَا يَضْمَنُ لِرَبِّ الْمَالِ شَيْئًا مِنْ

غاية البيان

كالكسْبِ، وله أنْ يَبيعَ الجَارِيةَ والولدَ [١٣/١٣٣ظ/د]؛ لأنهما مالُ المُضَارَبةِ.

وقال بعضُ المشايخ: هذا قولُ أبي حنيفةَ ﷺ؛ لأنه لا يَرَىٰ قِسْمَةَ الرقيقِ، فيَعْتَبِرُ رأسَ المالِ في كلِّ عبْدٍ، فلا يَظْهَرُ الرِّبْحُ، أمَّا علىٰ قولِ أبي يوسفَ ومحمَّدٍ: يَجُوزُ قِسْمَةُ الرقيقِ، فتُجْعَلُ الأُمُّ والولدُ كعبْدٍ واحدٍ، فيَظْهَرُ الرِّبْحُ، فمَلَكَ المُضَارِبُ نِصْفَ الرِّبْحِ، فتَصِحُّ دِعْوتُه.

فإن لم يَبِعْ واحدًا منهما حتىٰ زاد الغُلَامُ، فصار يُساوِي ألفًا وخمسَ مئةٍ؛ نفَذَتِ الدِّعْوةُ السابقةُ؛ لأن الدِّعْوةَ كانت صحيحةً في الظاهرِ، حمْلًا لها علىٰ وَجْهِ الصحَّةِ، وهو فراشُ النِّكَاحِ، لكنَّها لم تَنْفُذْ لعدمِ المِلْكِ؛ لأنهما مشغولانِ برأسِ المالِ؛ لأنه يَحتَمِلُ أنْ يَهْلِكَ أحدُهما، فيَتَعَيَّنُ الآخرُ لرأسِ المالِ، فلا يَظْهَرُ الرِّبْحُ، فإذا وُجِدَ المِلْكُ بظهورِ الرِّبْحِ؛ نَفَذَتِ الدِّعْوةُ، وعَتَقَ الولدُ علىٰ المُضَارِبِ.

أَلَا تَرىٰ أن المُضَارِبَ إذا اشْتَرَىٰ عبديْنِ بمالِ المُضَارَبةِ، وليس في كُلِّ واحدٍ منهما فضْلٌ؛ فالرِّبْحُ لا يَظْهَرُ فيهما[1] عندَنا خلافًا لِزُفَرَ ﷺ، فإذا زادتْ قِيمَةُ الغُلَامِ ألفًا وخمسَ مئةٍ؛ فالآنَ ظهَرَ الرِّبْحُ، وهو خمسُ مئةٍ، ونصفُه للمُضَارِبِ، وهو مئتان وخمسون، فقد ملَكَ المُضَارِبُ شيئًا مِن الولدِ، فنَفَذَتْ دِعْوتُه المَوْقُوفَةُ.

بخلافِ ما إذا أعتقَ الولدَ، ثم ظهَرتِ الزِّيَادَةُ، حيث لا يَصِحُّ الْإِعْتَاقُ؛ لأن

(١) وقع بالأصل: «فيما». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

قِيمَةِ الْوَلَدِ؛ لِأَنَّ عِتْقَهُ ثَبَتَ بِالنَّسَبِ وَالْمِلْكِ، وَالْمِلْكُ آخِرُهُمَا فَيُضَافُ إِلَيْهِ وَلَا صُنْعَ لَهُ فِيهِ، وَهَذَا ضَمَانُ إِعْتَاقٍ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّعَدِّي وَلَمْ يُوجَدْ، وَلَهُ أَنْ يَسْتَسْعِيَ الْغُلَامَ؛ لِأَنَّهُ احْتُبِسَتْ مَالِيَّتُهُ عِنْدَهُ، وَلَهُ أَنْ يَعْتِقَ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَسْعَىٰ كَالْمُكَاتَبِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَيَسْتَسْعِيهِ فِي أَلْفٍ وَمِائَتَيْنِ وَخَمْسِينَ، لِأَنَّ الْأَلْفَ مُسْتَحَقٌّ بِرَأْسِ الْمَالِ، وَالْخَمْسِمَائَةُ رِبْحٌ وَالرِّبْحُ بَيْنَهُمَا، فَلِهَذَا يَسْعَىٰ لَهُ فِي هَذَا الْمِقْدَارِ.

﴿ غاية البيان ﴾

ذلك إنشاءٌ قد بَطَلَ لعدمِ المِلْكِ، فلا يَنْفُذُ بعدَ ذلك، أمَّا هذا إخبارٌ، فيَنْفُذُ إذا حدَثَ المِلْكُ، كما إذا [١٣/١٣٤و/د] أقَرَّ بحريَّةِ عبْدِ الغيرِ، فاشتراه بعدَ ذلك يَعْتِقُ عليه، فإذا صحَّتِ الدِّعْوةُ بحدوثِ [٦/٢١٩ظ/م] [المِلْكِ][1]؛ ثبتَ النَّسَبُ وعَتَقَ الولدُ.

ولا ضَمانَ علىٰ المُضَارِبِ لربِّ المالِ مُوسِرًا كان أوْ مُعْسِرًا؛ لأنه حينَ ادَّعَىٰ لَمْ تَنْفُذِ الدِّعْوةُ؛ لعدمِ المِلْكِ، وحينَ نَفَذَتِ الدِّعْوةُ لم يُوجَدْ صُنْعٌ مِن المُضَارِبِ، فلا يَكُونُ ضامنًا؛ لأن ضَمانَ العِتْقِ ضَمَانُ إتلافٍ، فلا بُدَّ مِن الصنعِ، ولَمْ يُوجَدْ، وهذا لأن العِتْقَ ثبَتَ بالنسبِ والمِلْكِ جميعًا، والحُكْمُ إذا تعَلَّق بِعِلَّةٍ ذاتِ وصفَيْنِ؛ يُضَافُ إلىٰ آخرِهما وجودًا، علىٰ ما عليه عامَّةُ المشايخ رحمهم الله.

والمِلْكُ هنا آخرُهما وجودًا، وقد حَصَلَ بلا صُنْعٍ مِن المُضَارِبِ؛ لأنه بازديادِ القِيمَةِ، ولا صُنْعَ له في ازديادِ القِيمَةِ، وعلىٰ قولِ بعضِ المشايخ رحمهم الله: الحُكْمُ يُضَافُ إليهما جميعًا، لكن المِلْكَ لَمَّا لم يَكُنْ بصُنْعِه؛ لَمْ تَتِمَّ العِلَّةُ، فإذا عَتَقَ نصيبُ المُضَارِبِ مِن الولدِ؛ فسَدَ نصيبُ ربِّ المالِ؛ لأنه لا يَقْدِرُ علىٰ بَيْعِه، فيستَسْعي [٢/٤٣٠ظ] ربُّ المالِ الولدَ في ألفٍ ومئتينِ وخمسين، والألفُ: رأسُ مالِه، ومئتان وخمسون: نصيبُه مِن الرِّبْحِ؛ لأن ماليَّةَ العبدِ احتبسَتْ عندَ العبدِ، وإنْ شاء أعتقَ نصيبَه مِن الولدِ.

---

(١) ما بين المعقوفتين: في «م»: «الولد».

ثُمَّ إِذَا قَبَضَ رَبُّ الْمَالِ الْأَلْفَ لَهُ أَنْ يُضَمِّنَ الْمُدَّعِيَ نِصْفَ قِيمَةِ الْأُمِّ؛ لِأَنَّ الْأَلْفَ الْمَأْخُوذَ لَمَّا اسْتَحَقَّ بِرَأْسِ الْمَالِ لِكَوْنِهِ مُقَدَّمًا فِي الِاسْتِيفَاءِ ظَهَرَ أَنَّ الْجَارِيَةَ كُلَّهَا رِبْحٌ فَيَكُونُ بَيْنَهُمَا، وَقَدْ تَقَدَّمَتْ دَعْوَةٌ صَحِيحَةٌ؛ لِاحْتِمَالِ الْفِرَاشِ الثَّابِتِ بِالنِّكَاحِ وَتَوَقُّفِ نَفَاذِهَا لِفَقْدِ الْمِلْكِ، فَإِذَا ظَهَرَ الْمِلْكُ نَفَذَتْ

غاية البيان

فإنِ استسعاه ودفَع الغُلَامُ إلىٰ ربِّ المالِ ألفًا؛ صارتِ الجاريةُ [١٣/١٣٤ظ/د] أُمَّ ولَدٍ للمُضَاربِ؛ لأنه لَمَّا دفعَ إليه ألفَ درهمٍ؛ وَصَلَ إليه رأسُ المالِ، فتمَحَّضَتِ الجَارِيةُ رِبْحًا، فتصيرُ بمنزلةِ جَارِيةٍ مشتركةٍ بينَ اثنينِ استولَدها أحدُهما، فيَصِحُّ استيلادُه ويَضْمَنُ لشريكِه نِصْفَ قيمَتِها، ونِصْفَ عُقْرِها، مُوسِرًا كان أوْ مُعْسرًا؛ لأنه ضَمانُ تمَلُّكٍ؛ لأنه ملَكَ كسْبَها وخِدْمَتها، فصار ذلك الضَّمانُ ببدلٍ.

والضَّمانُ إذا كان ببدلٍ يَسْتَوِي فيه اليَسارُ والإعسارُ، فلا يَفْتَقِرُ إلىٰ الصنْعِ مِن جِهَتِه، بخلافِ ضَمانِ العِتْقِ؛ لأنه ضَمانُ إتلافٍ، فلا بُدَّ مِن الصنعِ. كذا في «**شروح الجامع الصغير**» وغيرِها.

وقال الإمامُ الأَسْبِيْجَابيُّ رحمه الله في «**شرح الطَّحَاوِيِّ**»[١]: «والأصلُ: أن مالَ المُضَارَبةِ إذا كان مِن جنسٍ واحدٍ؛ كالكَيْلِيِّ، والوَزْنِيِّ، والعُروضِ، والحيوانِ، التي تَجْرِي القِسْمَةُ فيها، إذا كانت جماعةً، وفيها فضْلٌ علىٰ رأسِ المالِ؛ يَظْهَرُ للمُضَارِبِ فيها نَصيبٌ، نحوُ أن يَصيرَ كلُّهُ حِنْطَةً، أوْ كلَّه دراهمَ، أوْ دنانيرَ، أوْ عُروضًا، أوْ حيوانًا مِن جنسٍ واحدٍ سوىٰ الرقيقِ، أوْ ثيابًا مِن جنسٍ واحدٍ، حتّىٰ إن الزكاةَ تَجِبُ عليه إذا كان نصيبُه منه يَبْلُغُ نصابًا كاملًا.

ولو صار مالُ المُضَارَبةِ مِن أجناسٍ مختلفةٍ؛ فكلُّ[٢] جنسٍ منها مشغولٌ

(١) من هنا بدأ النقل من «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيُّ [ق/٢٨٤].

(٢) وقع بالأصل: «وكل». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «شرح الطَّحَاوِيّ» للأَسْبِيْجَابيّ [٢/ق٢٨/ب/ مخطوط مكتبة شهيد علي - تركيا/ (رقم=

تِلْكَ الدَّعْوَةُ، وَصَارَتِ الْجَارِيَةُ [٩٧/ظ] أُمَّ وَلَدٍ لَهُ، وَيَضْمَنُ نَصِيبَ رَبِّ الْمَالِ؛ لِأَنَّ هَذَا ضَمَانُ تَمَلُّكٍ، وَضَمَانُ التَّمَلُّكِ لَا يَسْتَدْعِي صُنْعًا، كَمَا إِذَا اسْتَوْلَدَ جَارِيَةً بِالنِّكَاحِ ثُمَّ مَلَكَهَا هُوَ وَغَيْرُهُ وِرَاثَةً يَضْمَنُ نَصِيبَ شَرِيكِهِ كَذَا هَذَا؛ بِخِلَافِ ضَمَانِ الْوَلَدِ عَلَىٰ مَا مَرَّ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

غاية البيان

برأسِ مالِه، حتَّىٰ إنه لا يَجِبُ عليه شيءٌ مِن الزكاةِ، ويَجِبُ علىٰ ربِّ المالِ زكاةُ ثلاثةِ أرباعِها؛ لأنه يحْصُلُ له في الحاصلِ هذا القَدْرُ؛ لأن رأسَ المالِ كان ألفًا، فاشْتَرَىٰ ما يُساوي ألفَيْنِ.

ولو [٢٢٠/٦و/م] صار [١٣٥/١٣و/د] مالُ المُضَارَبةِ رقيقًا، فإنه يُنْظَرُ: إنْ كان واحدًا، وفيه فضْلٌ علىٰ رأسِ المالِ؛ يَظْهَرُ للمُضَارِبِ فيه نصيبٌ، وهو نِصْفُ الفضلِ، ولو كانوا جماعةً قِيمَةُ كُلِّ واحدٍ منهم مِثْلُ رأسِ المالِ؛ فلا يَظْهَرُ للمُضَارِبِ فيه نصيبٌ، ويَكُونُ كُلُّ واحدٍ منهم مشغولًا برأسِ المالِ، فيَكُونُ كالأجناسِ المختلفةِ؛ لأنها لا تُقْسَمُ، وقيل: هذا علىٰ قولِ أبي حنيفةَ رضي الله عنه.

وعلىٰ قولِهما: يُقْسَمُ الرقيقُ، فيَظْهَرُ للمُضَارِبِ نصيبٌ مِن كلِّ عبْدٍ قَدْرَ رُبعِه، وهكذا ذكَر الفقيهُ أبو الليثِ رحمه الله، ولا كذلك سائرُ الحيواناتِ إذا كانت مِن جنسٍ واحدٍ، وإن كانت جماعةً، فإنه يُنْظَرُ إلىٰ قِيمَةِ الكُلِّ: فإنْ كان في قِيمةِ الكُلِّ فضْلٌ علىٰ رأسِ المالِ، كان للمُضَارِبِ نِصْفُ الفضلِ»[1]. كذا في «**شرح الطَّحَاوِيِّ** رحمه الله».

قولُه: (بِخِلَافِ ضَمَانِ الْوَلَدِ عَلَىٰ مَا مَرَّ)، إِشَارةٌ إلىٰ قولِه: **(وَلَا يَضْمَنُ لِرَبِّ الْمَالِ شَيْئًا مِنْ قِيمَةِ الْوَلَدِ)**؛ لأن عِتْقَه بالنسَبِ والمِلْكِ، والمِلْكُ آخرُهما، فيُضَافُ إليه، ولا صُنْعَ له فيه، وقد مَرَّ البيانُ.

واللهُ أعلَمُ.

= الحفظ: ٨١٦)].

(١) إلىٰ هنا بدأ النقل من «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق/٢٨٤].

بَابُ
الْمُضَارِبِ يُضَارِبُ

قَالَ: وَإِذَا دَفَعَ الْمُضَارِبُ الْمَالَ إِلَىٰ غَيْرِهِ مُضَارَبَةً، وَلَمْ يَأْذَنْ لَهُ رَبُّ الْمَالِ؛ لَمْ يَضْمَنْ بِالدَّفْعِ، وَلَا يَتَصَرَّفُ الْمُضَارِبُ الثَّانِي حَتَّىٰ يَرْبَحَ، فَإِذَا رَبِحَ ضَمِنَ الْأَوَّلُ لِرَبِّ الْمَالِ وَهَذَا رِوَايَةُ الْحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ

بَابُ
الْمُضَارِبِ يُضَارِبُ

لَمَّا ذكَر حُكْمَ دَفْعِ المالِ مُضَارَبةً مِن ربِّ المالِ إلىٰ غيرِه: ذكَرَ حُكْمَ دَفْعِ المُضَارِبِ إلىٰ غيرِه مُضَارَبةً؛ لأن الأُولىٰ مُضَارَبةٌ مفردةٌ، وهذه مركَّبةٌ، والمُرَكَّبُ بعدَ المُفْرَدِ وجُودًا وعدمًا.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا دَفَعَ الْمُضَارِبُ الْمَالَ إِلَىٰ غَيْرِهِ مُضَارَبَةً، وَلَمْ يَأْذَنْ لَهُ رَبُّ الْمَالِ [١٣٥/١٣ظ/د]؛ لَمْ يَضْمَنْ بِالدَّفْعِ، وَلَا يَتَصَرَّفُ الْمُضَارِبُ الثَّانِي حَتَّىٰ يَرْبَحَ، فَإِذَا رَبِحَ ضَمِنَ الْأَوَّلُ لِرَبِّ الْمَالِ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «**مختصره**»(١).

وإنما يَضْمَنُ المُضَارِبُ الأَوَّلُ لربِّ المالِ إذا رَبِح الثاني إذا لم يَقُلْ له ربُّ المالِ: اعْمَلْ برأيِك؛ لأنه إذا قيل له ذلك؛ لا يَضْمَنُ [٤٣١/٢و] أصلًا، وكذا لا يَضْمَنُ إذا كانتِ المُضَارَبةُ الثانيةُ فَاسِدَةً؛ لأنه بمنزلةِ الأجيرِ، وللمُضارِبِ أن يَسْتَأْجِرَ، وقد مَرَّ ذلك بيان عندَ قولِه: (**وَلَا يُضَارِبُ إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ رَبُّ الْمَالِ، أَوْ يَقُولَ لَهُ: اعْمَلْ بِرَأْيِكَ**).

وهذا الذي ذكَره القُدُورِيُّ: هو روايةُ ابنِ شُجَاعٍ عن الحسنِ عن أبي حنيفةَ رضي الله عنهم:

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١١٣].

وَمُحَمَّدٌ: إِذَا عَمِلَ بِهِ ضَمِنَ رَبِحَ أَوْ لَمْ يَرْبَحْ، وَهَذَا ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ. وَقَالَ زُفَرُ: يَضْمَنُ بِالدَّفْعِ عَمِلَ أَوْ لَمْ يَعْمَلْ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ؛ لِأَنَّ الْمَمْلُوكَ لَهُ الدَّفْعُ عَلَى وَجْهِ الْإِيدَاعِ، وَهَذَا الدَّفْعُ عَلَى وَجْهِ الْمُضَارَبَةِ.

غاية البيان

أنه لا ضَمانَ على الأوَّلِ حتَّى يَعْملَ به الثاني ويَرْبَحَ[1]. كذا ذكَره القُدُورِيُّ رحمه الله في «شرح مختصر الكَرْخِيِّ».

وقال أبو يوسفَ ومحمد رحمهما الله: يَضْمَن إذا تصرَّفَ الثاني، رَبِح أو لم يَرْبَحْ، وهو ظاهرُ الروايةِ. كذا في «**شرح الطَّحَاوِيِّ**»، وقد مَرَّ ذلك.

وعن أبي يوسفَ أنه رجَع عن هذا، وقال: يَضْمَنُ بمجرَّدِ الدفعِ، وهو قولُ زُفَرَ رحمه الله. كذا ذكَر القُدُورِيُّ.

والحاصلُ: أنه لا ضَمانَ على واحدٍ منهما قبلَ عملِ الثاني في ظاهرِ الروايةِ عن علمائِنا الثلاثةِ رحمهم الله، وإذا عمِل الثاني بالمالِ: إنْ عمِل عملًا لم يَدْخُلْ تحتَ المُضَارَبةِ، بأنْ وهبَ المُضَارِبُ [٦/٢٢٠ظ/م] الثاني المالَ مِن رَجُلٍ، أوِ استهلَكَهُ؛ فالضمانُ على الثاني دونَ الأوَّلِ، وإنْ عمِل عملًا دخَل تحتَ [١٣/١٣٦و/د] المُضَارَبةِ، بأنِ اشْتَرَى بالمالِ شيئًا؛ فإنْ رَبِح فعليهِما الضَّمانُ، وإنْ لم يَرْبَحْ فلا ضَمانَ على واحدٍ منهما في ظاهرِ الروايةِ.

وَجهُ قولِ زُفَرَ رحمه الله: أن دَفْعَ المُضَارِبُ المالَ إلى غيرِه مُضَارَبةً؛ ليس بمُطْلَقٍ له، فصار به مخالفًا، فضَمِنَ كَالْمُودَعِ إذا أودَع.

ووَجهُ قولِهما ـ وهو ظاهرُ الروايةِ عن أبي حنيفةَ رضي الله عنه ـ: أن مجرَّدَ الدفعِ لا يَتعَلَّقُ به ضَمانٌ، أَلَا تَرى أن المُضَارِبَ له أنْ يُودِعَ ويُبْضِعَ، فلم يَضْمَنْ بمجرَّدِ الدفعِ؛ لعدمِ تحَقُّقِ المخالفةِ، بخلافِ ما إذا تصرَّف الثاني، حيثُ يَجِبُ الضَّمانُ؛

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٥٤].

وَلَهُمَا: أَنَّ الدَّفْعَ إِيدَاعٌ حَقِيقَةً، وَإِنَّمَا يَتَقَرَّرُ كَوْنُهُ لِلْمُضَارَبَةِ بِالْعَمَلِ، فَكَانَ الْحَالُ مُرَاعًى قَبْلَهُ.

غاية البيان

لأنه حَصَلَ العملُ في المالِ على وَجهٍ لم يَرْضَ به المالكُ، فيتَحقَّقُ الخلافُ، فوجَب الضَّمانُ، فجُعِلَ الأمرُ مُرَاعًى؛ أي: موقوفًا قبلَ العملِ حتَّى إذا عمِل الثاني وجَبَ الضَّمانُ، وإلَّا فلا.

ووجهُ ما رُوِيَ عن أبي حنيفةَ رضي الله عنه: أن الدفعَ مُطْلَقٌ له؛ لأنه قبلَ العملِ إيداعٌ، وبعدَه إِبْضاعٌ، فيَمْلِكُ المضارِبُ كليهما جميعًا، وإنما الممنوعُ إثباتُ الشركةِ، وذلك يحْصُلُ بالرِّبْحِ، فلا يَضْمَنُ ما لم يَرْبَحْ، فصار كما لو خلَطَ المضارِبُ المالَ بغيرِه، أوْ شارَك به.

ثم إذا ثبَتَ وجوبُ الضمانِ ـ على اختلافِهم في الضمانِ: أنه يَجِبُ بالدفعِ، أوْ بالتصرُّفِ، أوْ بحصولِ الرِّبْحِ ـ: قال [١٣/١٣٧ظ/د] القُدُورِيُّ رحمه الله في «**المختصر**»: «ضمِن المُضَارِبُ الأوَّلُ»(١)، ولم يَذْكُرِ الثاني.

ولكن المشهورَ مِن المذْهبِ: أن ربَّ المالِ بِالخيارِ: إنْ شاء ضَمَّنَ الأوَّلَ، وإنْ شاء ضَمَّن الثاني. ذكَر الخيارَ هكذا شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ في «**شرح الكافي**».

وهذا ظاهرٌ على مذهبِ أبي يوسفَ ومحمد رحمهما الله؛ لأن الأول صار غاصبًا بالدفعِ، والثاني بالتصرُّفِ في مالِ الغيرِ كَالْمُودَعِ إذا أَوْدَع.

فأمَّا على أصْلِ أبي حنيفةَ رضي الله عنه: فالضمانُ يَجِبُ على المُودَعِ الأوَّلِ، ولا يجبُ على الثاني؛ لأن الأوَّلَ ضَمِن بقَبْضِ الثاني، فلا يجبُ بِالقَبْضِ الواحدِ الضَّمانُ على اثنيْنِ، بحيثُ يَضْمَنُ كلُّ واحدٍ منهما جميعَ المَقْبُوضِ، فمِنْ أصحابِنا مَن قال:

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/١١٣].

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الدَّفْعَ قَبْلَ الْعَمَلِ إِيدَاعٌ وَبَعْدَهُ إِبْضَاعٌ، وَالْفِعْلَانِ يَمْلِكُهُمَا الْمُضَارِبُ فَلَا يَضْمَنُ بِهِمَا، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا رَبِحَ فَقَدْ أَثْبَتَ لَهُ شَرِكَةً فِي الْمَالِ فَيَضْمَنُ

غاية البيان

يجبُ أن تَكُونَ مسألةُ المُضَارَبةِ هكذا، وعلىٰ هذا الوجهِ: حمَلَ القُدُورِيُّ المسألةَ في «**المختصر**»، وهذا معنىٰ قولِ صاحبِ «**الهداية**».

وقيل: يَنْبَغِي أَلَّا يَضْمَنَ الثاني عندَ أبي حنيفةَ رضي الله عنه، ومِن أصحابِنا مَن فَرَّقَ بينَ المسألتيْنِ، فقال: مسألةُ المُضَارَبةِ بخلافِ مسألةِ الوَدِيعَةِ؛ لأن المُضَارِبَ الثاني يَعْمَلُ في المالِ لمنفعةِ نفسِه، وهو طلبُ الرِّبْحِ، فجاز أن يَضْمَنَ لذلك، والمُودَعَ الثاني [٢/٤٣١ظ] [٦/٢٢١و/م] لا يقْبِضُ لمنفعةِ نفسِه، وإنما يقْبِضُ لمنفعةِ الأوَّلِ، فلَمْ [١٣/١٣٧و/د] يَضْمَنِ الثاني.

ثم إذا كان ربُّ المالِ بِالخِيارِ بينَ أن يُضَمِّنَ أيَّهما شاء، فإنْ ضَمَّن المُضَارِبَ الأوَّلَ؛ صحَّتِ المُضَارَبةُ بينَ الأوَّلِ والثاني، وكان الرِّبْحُ علىٰ ما شرطَا؛ لأنه لَمَّا ضَمِنَ ملَكَ بِالضَّمانِ، فصار كأن المُضَارِبَ دفَع مِلْكَ نفسِه، وإنْ ضَمَّنَ الثاني: رجَعَ علىٰ الأوَّلِ بِالضَّمانِ؛ لأنه غرَّه بِالعَقْدِ، فصار كمُودَعِ المُودَعِ.

وصَحَّتِ المُضَارَبةُ؛ لأن حاصلَ الضَّمانِ علىٰ المُضَارِبِ الأوَّلِ، فكأن ربَّ المالِ ضَمَّنَه ابتداءً، وليس هذا كَالرَّهْنِ إذا غَصَب رَجُلٌ شيئًا، فرهَنه فهلَكَ في يدِ المُرْتَهِنِ، فضمَّنَه المالكُ؛ رجَعَ علىٰ الرَّاهِنِ بِالضَّمانِ، ولم يَصِحَّ الرَّهْنُ؛ لأنَّ تضْمينَ المُرْتهنِ إبطالٌ لقَبْضِه حينَ استُحِقَّ، وصحَّةُ الرَّهْنِ تَتعَلَّقُ بِالقَبْضِ، فإذا هلَك الرَّهْنُ؛ لم يَصِحَّ الرَّهْنُ بِبُطْلانِ قبضِه.

وأمَّا المُضَارَبةُ: فتضمينُ الثاني إبطالٌ للقَبْضِ بعْدَ وجودِه، وذلك لا يُبْطِلُ المُضَارَبةَ، ألَا تَرىٰ أن المُضَارِبَ لو باع المالَ مِن ربِّ المالِ زال قَبْضُه، ولم تَبْطُلِ المُضَارَبةُ، ولو ردَّ المُرْتهِنُ الرَّهْنَ علىٰ الرَّاهِنِ بطَلَ الرَّهْنُ.

كَمَا لَوْ خَلَطَهُ بِغَيْرِهِ، وَهَذَا إذَا كَانَتِ الْمُضَارَبَةُ صَحِيحَةً، فَإِنْ كَانَتْ فَاسِدَةً: لَا يَضْمَنُهُ الْأَوَّلُ وَإِنْ عَمِلَ الثَّانِي؛ لِأَنَّهُ أَجِيرٌ فِيهِ، وَلَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ فَلَا يَثْبُتُ الشَّرِكَةُ بِهِ.

غاية البيان

وقال ابنُ سماعةَ عن محمد رحمهما الله: يَطِيب الرِّبْحُ للأسفلِ؛ لأنه يَرْجِعُ بما ضَمِنَ، ولا يَطِيبُ [للأعلىٰ][1] علىٰ قياسِ قولِ أبي حنيفةَ رضي الله عنه [١٣/١٣٧ظ/د]، وذلك لأن المُضَارِبَ الأَوَّلَ استحَقَّ الرِّبْحَ برأسِ المالِ، وقد حُظِرَ[2] عليه التصَرُّفُ فيه، والرِّبْحُ إذا حصَلَ علىٰ مالٍ محظورٍ وَجَبَ التصَدُّق به.

وأَمَّا المُضَارِبُ الثاني: فإنما استحَقَّ بدلًا عن عملِه، وذلك ليس بمحظورٍ عليه. كذا ذكَر القُدُورِيُّ في «**شرح مختصر الكَرْخِيِّ**» رحمهما الله[3].

وقال في «شرح الكافي»: «ولو كان المُضَارِبُ الثاني لم يَعْمَلْ بالمالِ حتَّىٰ ضاع في يدِه؛ فلا ضَمانَ علىٰ واحدٍ مِن المضارِبيْنِ؛ لأن الضَّمانَ لا يَجِبُ بمجرَّدِ الدفعِ؛ إذْ هو حِفْظٌ وصِيَانةٌ، وله أنْ يَأمُرَ غيرَه بالحِفظِ، وإنما يَجِبُ بالتصرُّفِ، وقدِ انعدَم التصَرُّفُ ههنا، ولو استهلَك المُضَارِبُ الثاني المالَ؛ كان الضَّمانُ عليه خاصَّةً؛ لأنه غيرُ مستَنِدٍ إلىٰ أمْرِه، فانقطعَتْ إضافتُه عنه».

قولُه: (وَهَذَا إذَا كَانَتِ الْمُضَارَبَةُ صَحِيحَةً، فَإِنْ كَانَتْ فَاسِدَةً: لَا يَضْمَنُهُ الْأَوَّلُ وَإِنْ عَمِلَ الثَّانِي؛ لِأَنَّهُ أَجِيرٌ فِيهِ، وَلَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ)، أي: وجوبُ الضَّمانِ فيما إذا كانتِ المُضَارَبَةُ صحيحةً، وهذا علىٰ فصولٍ أربعةٍ:

أحدُها: أن تَكُونَ المضارَبتانِ جائزَتانِ، فيَجِبُ الضَّمانُ بتَصَرُّفِ الثاني كما بَيَّنَّا.

[٦/٢٢١ظ/م] **والثاني**: أن تَكُونَ الأُولىٰ فَاسِدَةً، والثانيةُ جائزةً [١٣/١٣٨و/د]، فلا

(١) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: النسخة الأم «د»، و«ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».
(٢) وقع بالأصل: «حصر». والمثبت من: النسخة الأم «د»، و«ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».
(٣) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/١١٣].

....

ضَمانَ علىٰ واحدٍ مِن المضَارِبَيْنِ ؛ لأن المُضَارِبَ الأوَّلَ أجيرٌ في المالِ لا حقَّ له في الرِّبْحِ ، فلا يَنْفُذُ شرْطُه فيه ، فلا يَلْزَمُهُ الضَّمانُ ؛ إذِ الضَّمانُ إمَّا يَلْزَمُ بإثباتِ الشَّرِكَةِ ، ويَكُونُ لربِّ المالِ جميعُ الرِّبْحِ ؛ لأنه رِبْحٌ في مُضَارَبَةٍ فَاسِدَةٍ ، وللمضارِبِ الأوَّلِ أجْرُ مِثْلِه ؛ لأن عملَ الثاني وقَع له ، فكأنه عَمِلَ بنفسِه ، وللثاني علىٰ الأوَّلِ مِثْلُ ما شرطَ له مِنَ الرِّبْحِ ؛ لأنه عَمِلَ بمُضاربةٍ صحيحةٍ ، فاستحَقَّ ما سُمِّيَ له.

والثالثُ: إذا كانت الأُولىٰ جائزةً ، والثانيةُ فَاسِدَةً ، فلا ضَمانَ علىٰ واحدٍ مِن المضَارِبَيْنِ ؛ لأن المُضَارِبَ الثاني لا يَسْتَحِقُّ شركةً في المالِ ، وإنما هو أجيرٌ مِثْلُه ، فكأنَّ المُضَارِبَ الأوَّلَ استأجَر مَن يَعْمَلُ في المالِ.

والرابعُ: إذا كانتِ الأُولَىٰ والثانيةُ فاسدتَيْنِ ، فلا ضَمانَ علىٰ واحدٍ منهما ؛ لأن المُضَارِبَ الأوَّلَ أجيرٌ في المالِ ، والثاني أجيرُ الأوَّلِ ، فصار كمَنِ استأجَر رَجُلًا يَعْمَلُ في مالِه ، فاستأجَر الأجيرُ رَجُلًا.

وهذه الفصولُ الأربعةُ جوابُها في «**الأصل**»[(١)].

وقد ذكَر أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ عن ابنِ سماعةَ عن أبي يوسفَ [٢/٤٣٢و] رحمه الله [١٣/١٣٨ظ/د]: «في رَجُلٍ دفَع إلىٰ رَجُلٍ ألفَ درهمٍ مُضَارَبَةً علىٰ أن للمُضَارِبِ مئةَ درهمٍ مِن الرِّبْحِ ، وما بَقِيَ لربِّ المالِ ، فدفَعها الرَّجُلُ المُضَارِبُ إلىٰ رَجُلٍ مُضَارَبَةً بالنصفِ ، قال: «فالأوَّلُ ضامنٌ للمالِ ، ودَفْعُه إلىٰ الثاني جائزٌ ، وهي مُضَارَبَةٌ بينَهما. وهذا يخالفُ روايةَ «**الأصل**» ، والأوَّلُ هو الصحيحُ.

ووَجْهُ هذه الروايةِ: أن المُضَاربَ يَضْمَنُ بالدفعِ علىٰ إحدىٰ الرواياتِ عن أبي يوسفَ ، كما يَضْمَنُ المُودَعُ بالإيداعِ ، وهذا مَوْجُودٌ في المُضَارَبةِ الصحيحةِ

---

(١) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٤/١٨٧/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

ثُمَّ ذَكَرَ **فِي الْكِتَابِ** يَضْمَنُ الْأَوَّلُ وَلَمْ يَذْكُرِ الثَّانِي. وَقِيلَ: يَنْبَغِي أَلَّا يَضْمَنَ الثَّانِي عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعِنْدَهُمَا يَضْمَنُ بِنَاءً عَلَىٰ اخْتِلَافِهِمْ فِي مُودِعِ الْمُودَعِ. وَقِيلَ: رَبُّ الْمَالِ بِالْخَيَارِ إِنْ شَاءَ ضَمِنَ الْأَوَّلَ، وَإِنْ شَاءَ ضَمِنَ الثَّانِي بِالْإِجْمَاعِ وَهُوَ الْمَشْهُورُ، وَهَذَا عِنْدَهُمَا ظَاهِرٌ، وَكَذَا عِنْدَهُ، وَوَجْهُ الْفَرْقِ لَهُ بَيْنَ هَذِهِ وَبَيْنَ مُودِعِ الْمُودَعِ **أَنَّ الْمُودَعَ الثَّانِي يَقْبِضُهُ لِمَنْفَعَةِ الْأَوَّلِ** فَلَا يَكُونُ ضَامِنًا.

أَمَّا الْمُضَارِبُ الثَّانِي يَعْمَلُ فِيهِ لِنَفْعِ نَفْسِهِ فَجَازَ أَنْ يَكُونَ ضَامِنًا. ثُمَّ إِنْ ضَمِنَ الْأَوَّلُ صَحَّتِ الْمُضَارَبَةُ[1] لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِالضَّمَانِ مِنْ حِينِ خَالَفَ بِالدَّفْعِ إِلَىٰ غَيْرِهِ **لَا عَلَىٰ الْوَجْهِ الَّذِي رَضِيَ بِهِ**، فَصَارَ كَمَا إِذَا دَفَعَ مَالَ نَفْسِهِ، وَإِنْ ضَمِنَ الثَّانِي ....

والفَاسِدَةِ»[2]. كذا ذكَر القُدُورِيُّ في «**شرح مختصر الكَرْخِيِّ**».

قولُه: (ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ)، أي: ذكَر القُدُورِيُّ في «**مختصره**»[3].

قولُه: (أَنَّ الْمُودَعَ يَقْبِضُهُ لِمَنْفَعَةِ الْأَوَّلِ)، أي: المُودَعُ الثاني يَقْبِضُ المالَ لمنفعةِ المُودَعِ الأوَّلِ، فلا يَكُونُ الثاني ضامنًا، والمُضَارِبُ الثاني يَعْمَلُ في المالِ لمنفعةِ نفسِه بغيرِ إذْنِ ربِّ المالِ فضَمِنَ، فظهَر الفرقُ بينَ المُودَعِ الثاني، والمُضَارِبِ الثاني.

قولُه: (لَا عَلَىٰ الْوَجْهِ الَّذِي رَضِيَ بِهِ)، أي: رَضِيَ به ربُّ المالِ، فإنه لم يَرْضَ بدَفْعِ المُضَارِبِ المالَ إلىٰ غيرِه مُضَارَبَةً.

---

(١) زاد بعده فِي (ط): «بين الْأَوَّل وَبَيْنَ الثاني وَكَانَ الربح بَيْنَهُمَا عَلَىٰ مَا شرطا».

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/١١٣].

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١١٣].

رَجَعَ عَلَى الْأَوَّلِ بِالْعَقْدِ؛ لِأَنَّهُ عَامِلٌ لَهُ كَمَا فِي الْمُودَعِ، وَلِأَنَّهُ مَغْرُورٌ مِنْ جِهَتِهِ [٩٨/و] فِي ضِمْنِ الْعَقْدِ.

وَتَصِحُّ الْمُضَارَبَةُ وَالرِّبْحُ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا شَرَطَا؛ لِأَنَّ قَرَارَ الضَّمَانِ عَلَى

غاية البيان

قولُه: (رَجَعَ عَلَى الْأَوَّلِ بِالْعُهْدَةِ[(١)])، أي: رجعَ المُضَارِبُ [١٣/١٣٩و/د] الثاني على [٦/٢٢٢و/م] المُضَارِبِ الأوَّلِ بما ضَمِنَ، وفي بعضِ النُّسَخِ: «رجَعَ على الأوَّلِ بالعَقْدِ»[(٢)]، أي: بسببِ العَقْدِ يَرْجِعُ على الأوَّلِ بالعُهدةِ.

قولُه: (لِأَنَّهُ عَامِلٌ لَهُ)، أي: لأن المُضَارِبَ الثانيَ عاملٌ لأجْلِ المُضَارِبِ الأوَّلِ، لا يُقالُ: هذا يُرَى تناقُضًا؛ لأنه جعلَ المُضَارِبَ الثانيَ قبْلَ هذا عاملًا لنفسِه، وجعلَه هنا عاملًا لغيرِه؛ لأنه عاملٌ لنفسِه بسببِ شركَتِه في الرِّبْحِ، وعامِلٌ لغيرِه بسببِ أنه مُودَعُ المُودَعِ في الابتداءِ، وعمَلُ المُودَعِ ـ وهو الحِفْظُ ـ للمُودِعِ، ومعَ اختلافِ الجهةِ لا يَتحَقَّقُ التناقُضُ؛ لأنَّ اتِّحادَ الجِهةِ شرْطُ التناقُضِ.

قولُه: (كَمَا فِي الْمُودَعِ)، يَعني: أن مودَعَ[(٣)] الغَاصِبِ إذا ضَمِنَ يَرْجِعُ على الغَاصِبِ بما ضَمِنَ.

قولُه: (وَلِأَنَّهُ مَغْدُورٌ مِنْ جِهَتِهِ)، بالدالِ مِن الغَدْرِ، كذا السَّماعُ.

قولُه: (وَتَصِحُّ الْمُضَارَبَةُ)، أي: الثانيةُ.

---

(١) هذا اللفظ هو المُثْبت في نسخة القَسْطمونويِّ مِن «الهداية» [٢/ق٩٦/أ/ مخطوط مكتبة ولي الدِّين أفندي ـ تركيا]، وأشار إليه المؤلفُ في نُسْخته، والشَّهْرَكَنْديُّ في نُسْخته.

(٢) هذا لفظ المطبوع من «الهداية» للمَرْغِيناني [٣/٢٠٥]. وهو المثْبَت في النسخة التي بخط المؤلف مِن «الهداية» [٢/ق٩٨/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا]، وكذا في نسخة الأَرْزَكانِيِّ مِن «الهداية» [٢/ق٩٧/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا]، وفي نسخة الشَّهْرَكَنْديِّ (المقروءة على أكمل الدِّيْن البابرتِيِّ) من «الهداية» [ق/٢١٧/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا]. وفي نسخة القاسمِيِّ مِن «الهداية» [ق/٢١٤/أ/ مخطوط مكتبة كوبريلي فاضل أحمد باشا ـ تركيا]، وفي نسخة البَايسُوني من «الهداية» [ق/٢٥١/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا].

(٣) وقع بالأصل: «يودع». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

الْأَوَّلِ، فَكَأَنَّهُ ضَمِنَهُ ابْتِدَاءً، وَيَطِيبُ الرِّبْحُ لِلثَّانِي وَلَا يَطِيبُ لِلْأَعْلَىٰ؛ لِأَنَّ الْأَسْفَلَ يَسْتَحِقُّهُ بِعَمَلِهِ، وَلَا خَبَثَ فِي الْعَمَلِ، وَالْأَعْلَىٰ يَسْتَحِقُّهُ بِمِلْكِهِ الْمُسْتَنَدِ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ، وَلَا يَعْرَىٰ عَنْ نَوْعِ خَبَثٍ.

قَالَ: فَإِنْ دَفَعَ رَبُّ الْمَالِ مُضَارَبَةً بِالنِّصْفِ، وَأَذِنَ لَهُ أَنْ يَدْفَعَهُ إِلَىٰ غَيْرِهِ، فَدَفَعَهُ بِالثُّلُثِ، وَقَدْ تَصَرَّفَ الثَّانِي وَرَبِحَ، فَإِنْ كَانَ رَبُّ الْمَالِ قَالَ لَهُ: عَلَىٰ أَنَّ مَا رَزَقَ اللهُ تَعَالَىٰ فَهُوَ بَيْنَنَا نِصْفَانِ، فَلِرَبِّ الْمَالِ: النِّصْفُ، وَلِلْمُضَارِبِ الثَّانِي: الثُّلُثُ، وَلِلْمُضَارِبِ الْأَوَّلِ: السُّدُسُ؛ لِأَنَّ الدَّفْعَ إِلَىٰ الثَّانِي مُضَارَبَةً قَدْ صَحَّ

غاية البيان

قولُه: (وَيَطِيبُ الرِّبْحُ لِلثَّانِي، وَلَا يَطِيبُ لِلْأَعْلَىٰ)، أراد بالأعلىٰ: المُضَارِبَ الأولَ، وقد مَرَّ البيانُ.

قولُه: (وَلَا يَعْرَىٰ عَنْ نَوْعِ خُبْثٍ)؛ لأن المُضَارِبَ الأَوَّلَ يسْتَحِقُّ الرِّبْحَ باعتبارِ أنه يَمْلِكُ رأسَ المالِ عندَ أداءِ الضَّمانِ بسبيلِ الاستنادِ، والثابتُ بالاستنادِ ثابتٌ مِن وَجْهٍ دونَ وَجْهٍ، فلا يَثْبُتُ المِلْكُ مِن كلِّ وَجْهٍ، فيَتَمَكَّنُ الخُبْثُ في الرِّبْحِ ولا يَطِيبُ.

[١٣/١٣٩ظ/د] قولُه: (قَالَ: فَإِنْ دَفَعَ رَبُّ الْمَالِ مُضَارَبَةً بِالنِّصْفِ، وَأَذِنَ لَهُ أَنْ يَدْفَعَهُ إِلَىٰ غَيْرِهِ، فَدَفَعَهُ بِالثُّلُثِ، وَقَدْ تَصَرَّفَ الثَّانِي وَرَبِحَ، فَإِنْ كَانَ رَبُّ الْمَالِ قَالَ لَهُ: عَلَىٰ أَنَّ مَا رَزَقَ اللهُ تَعَالَىٰ فَهُوَ بَيْنَنَا نِصْفَانِ، فَلِرَبِّ الْمَالِ: النِّصْفُ، وَلِلْمُضَارِبِ الثَّانِي: الثُّلُثُ، وَلِلْمُضَارِبِ الْأَوَّلِ: السُّدُسُ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «**مختصره**»[1].

قال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ رحمه الله في «**شرح الكافي**»: «وإذا دفَعَ الرَّجُلُ إلىٰ رَجُلٍ ألفَ درهمٍ مُضَارَبَةً علىٰ أن ما رَزَق اللهُ تَعالىٰ مِن شيءٍ؛ فهو بينَهما نصفانِ، أوْ قال: ما كان في ذلك مِن رِبْحٍ، أوْ ما كان مِن ذلك مِن رِزْقٍ، أوْ

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١١٤].

لِوُجُودِ الْأَمْرِ بِهِ مِنْ جِهَةِ الْمَالِكِ، وَرَبُّ الْمَالِ شَرَطَ لِنَفْسِهِ نِصْفَ جَمِيعِ مَا رَزَقَ اللهُ تَعَالَىٰ، فَلَمْ يَبْقَ لِلْأَوَّلِ إِلَّا النِّصْفَ، فَيَنْصَرِفُ تَصَرُّفُهُ إِلَىٰ نَصِيبِهِ، وَقَدْ جَعَلَ

غاية البيان

قال: خُذْ هذا المالَ مُضَارَبةً بالنصفِ.

أوْ قال: علىٰ أن ما كان في هذا المالِ مِن فَضْلٍ؛ فهو بينَنا نصفانِ، وقال له: اعمل فيه برأيِكَ، فدَفَعَه المُضَارِبُ إلىٰ آخرَ مُضَارَبةً بالثلثِ، فعَمِل به ورَبِح، فللمُضارِبِ الآخَرِ: ثلثُ الرِّبْحِ، وللمُضارِبِ الأوَّلِ: سُدسُه، ولربِّ المالِ نصْفُه؛ لأنه شَرَط للمُضَارِبِ الثاني ثُلُثَ الرِّبْحِ، فمَلَك ذلك مِن نصيبِه خاصَّةً [٢/٤٣٢ظ]، دونَ نصيبِ ربِّ المالِ.

ولو دفَع المُضَارِبُ الأوَّلُ إلىٰ الثاني مُضَارَبةً [٦/٢٢٢ظ/م] بالنصفِ، فعَمِل به فرَبِح، فنصفُ الرِّبْحِ للمُضَارِبِ الثاني، ونصْفُه لربِّ المالِ، ولا شيءَ للمُضَارِبِ الأوَّلِ؛ لأنه جعلَ مالَه لغيرِه، فلا يَبْقَىٰ له شيءٌ.

ولو شرَطَ المُضَارِبُ الأوَّلُ للثاني ثُلُثَي الرِّبْحِ؛ كان [١٣/١٤٠و/د] له أنْ يَأْخُذَ نصفَ الرِّبْحِ، ويَرْجِعَ بسُدسِه عليه في مالِه خاصَّةً؛ لأنه شرَطَ له ذلك مِن الرِّبْحِ، وقد عجَز عن التَّسْلِيمِ وله مِثْلٌ، فيُصارُ إلىٰ مِثْلِه، كما لوِ استأجَره[1] بدراهمَ فاسْتُحِقَّتْ، ولا يَصِيرُ المُضَارِبُ الأوَّلُ مخالِفًا بهذا الشَّرْطِ؛ لأنه صحَّ مُوجبًا للزِّيَادَةِ مِن مالِه خاصَّةً». كذا في «**شرح الكافي**».

والحاصلُ: أن هذا علىٰ ثلاثةِ أوْجُهٍ:

أحدُها: أن يَشْتَرِطَ المُضَارِبُ الأوَّلُ للثاني أقلَّ مما شُرِطَ له كالثلثِ؛ لأنه عقَد علىٰ بعضِ ما يَسْتَحِقُّه، فجاز، ويَطِيبُ ذلك له؛ لأن عمَل الثاني وقَع للأوَّلِ، فكأنه عَمِلَ بنفسِه، كمَنِ استُؤْجِر علىٰ خِيَاطَةِ ثوبٍ بدرهمٍ، فاستأجَر مَن يَخِيطُهُ

(١) وقع بالأصل: «استأجر». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

مِنْ ذَلِكَ بِقَدْرِ ثُلُثِ الْجَمِيعِ لِلثَّانِي فَيَكُونُ لَهُ، فَلَمْ يَبْقَ إِلَّا السُّدُسَ، **وَيَطِيبُ لَهُمَا ذَلِكَ**؛ لِأَنَّ فِعْلَ الثَّانِي وَاقِعٌ لِلْأَوَّلِ؛ كَمَنِ اسْتُؤْجِرَ عَلَىٰ خِيَاطَةِ ثَوْبٍ بِدِرْهَمٍ فَاسْتَأْجَرَ غَيْرَهُ عَلَيْهِ بِنِصْفِ دِرْهَمٍ.

وَإِنْ كَانَ قَالَ لَهُ: عَلَىٰ أَنَّ مَا رَزَقَكَ اللهُ فَهُوَ بَيْنَنَا نِصْفَانِ، فَلِلْمُضَارِبِ الثَّانِي: الثُّلُثُ، وَالبَاقِي بَيْنَ الْمُضَارِبِ الْأَوَّلِ وَرَبِّ الْمَالِ نِصْفَانِ؛ لِأَنَّهُ فَوَّضَ

غاية البيان

بِنِصْفٍ، طاب له الفضلُ؛ لأن عمَلَ أَجِيرِه وقَع له، فكأنه عَمِلَ بنفسِه.

والثاني: أنْ يَشْرِطَ الأَوَّلُ للثاني مِثْلَ ما شُرِطَ له كالنصفِ، فيَجُوزُ ذلك؛ لأنه عقَد علىٰ جميعِ حقِّه، فكان الرِّبْحُ بينَ ربِّ المالِ والثاني نصفَينِ، ولا شيءَ للأوَّلِ؛ لأنه لَمْ يَبْقَ له شيءٌ، كَمَنِ استُؤْجِرَ علىٰ خِيَاطَةِ ثوبٍ بدرهمٍ، فاستأجَر مَن يَخِيطُه بدرهمٍ.

والثالثُ: أنْ يَشْرِطَ الأوَّلُ للثاني أكثرَ مما شُرِطَ له، كثُلُثَيِ الرِّبْحِ، ويَجُوزُ ذلك بينَهما، والرِّبْحُ بينَ ربِّ المالِ والثاني نصْفَيْنِ، ويغْرَمُ الأوَّلُ للثاني السدسَ، وذلك لأن ربَّ المالِ لم يَرْضَ لنفسِه بأقلَّ مِن نِصْفِ الرِّبْحِ، فلَمْ يَصِحَّ شرْطُ الزِّيَادَةِ في حقِّه، فيَغْرَمُ الأوَّلُ للثاني؛ ذلك لأنه غرَّه بالتسميةِ [١٣/١٤٠ظ/د]، والغرورُ في العُقُودِ يَتعَلَّقُ به الضَّمانُ، ولأنه عَقَدٌ علىٰ مِلْكِ غيرِه، فدخَل في العَقْدِ وخرَج؛ لعدَمِ الإِجَازَةِ، فلَزِمَهُ مِثْلُه، كَمَنِ اشْتَرَىٰ بمالِ غيرِه.

ونظيرُ هذا من الإِجَارَةِ: أنْ يَسْتَأْجِرَ إنسانًا علىٰ خِيَاطَةِ ثوبٍ بدرهمٍ، فاستأجَرَ مَن يَخِيطُه بدرهمٍ ونِصْفٍ أنه يَضْمَنُ زيادةَ الأُجرةِ.

قولُه: (**وَيَطِيبُ لَهُمَا ذَلِكَ**)، أي: يَطِيبُ الرِّبْحُ للمُضَارِبِ الأوَّلِ والثاني.

قولُه: (**وَإِنْ كَانَ قَالَ لَهُ: عَلَىٰ أَنَّ مَا رَزَقَكَ اللهُ فَهُوَ بَيْنَنَا نِصْفَانِ، فَلِلْمُضَارِبِ الثَّانِي: الثُّلُثُ، وَالبَاقِي بَيْنَ الْمُضَارِبِ الْأَوَّلِ وَرَبِّ الْمَالِ نِصْفَانِ**)، وهذا لَفْظُ

إِلَيْهِ التَّصَرُّفَ وَجَعَلَ لنَفْسِهِ نِصْفَ مَا رُزِقَ الْأَوَّلُ، وَقَدْ رُزِقَ الْأَوَّلُ الثُّلُثَيْنِ، فَيَكُونُ بَيْنَهُمَا، بِخِلَافِ الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ لنَفْسِهِ نِصْفَ جَمِيعِ الرِّبْحِ فَافْتَرَقَا.

وَلَوْ كَانَ قَالَ لَهُ: فَمَا رَبِحْتَ مِنْ شَيْءٍ؛ فَبَيْنِي وَبَيْنَكَ نِصْفَانِ، وَقَدْ دَفَعَ إِلَىٰ غَيْرِهِ بِالنِّصْفِ، فَلِلثَّانِي النِّصْفُ، وَالْبَاقِي بَيْنَ الْأَوَّلِ وَرَبِّ الْمَالِ؛

غاية البيان

القُدُورِيِّ في «**مختصره**»[1]؛ وذلك لأن ربَّ المالِ فوَّضَ الرأيَ إلىٰ المُضَارِبِ الأوَّلِ، وجعلَ لنفسِه نِصْفَ ما رزَقَه اللهُ للمُضَارِبِ، وما رزَقَهُ اللهُ [له][2] هو الثلثانِ، فيَكُونُ الثلثانِ بينَ ربِّ المالِ والأوَّلِ نصْفَيْنِ، بخلافِ الفصلِ الأوَّلِ [٦/٢٢٣و/م]؛ لأن ربَّ المالِ شرَطَ لنفسِه نِصْفَ جميعِ الرِّبْحِ، ونِصْفَ جميعِ ما رزَق اللهُ مطلقًا مِن غيرِ إضافةٍ إلىٰ المُضَارِبِ، وذلك يَنْصَرِفُ إلىٰ كُلِّ الرِّبْحِ.

قال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ رحمه الله في «**شرح الكافي**»: «ولو دفعَ المالَ مُضَارَبةً إلىٰ رَجُلٍ وقال له: علىٰ أنَّ ما رَبِحْتَ في هذا المالِ مِن شيءٍ، أو علىٰ أنَّ ما صار لك فيه مِن رِبْحٍ، أوْ علىٰ أن ما رزقَك [١٣/١٤١و/د] اللهُ تَعالىٰ، أوْ ما كسبْتَ فيه مِن كَسْبٍ، أوْ ما رُزِقْتَ فيه مِن شيءٍ؛ فهو بينَنا نصفانِ.

وقال له: اعمل فيه برأيِكَ، فدفَعه المُضَارِبُ إلىٰ آخرَ مُضَارَبةً بالنصفِ، فعَمِل فيه فرَبِحَ؛ فالنِّصْفُ للثاني، والنِّصْفُ بينَ الأوَّلِ وبينَ ربِّ المالِ نِصْفَيْنِ؛ لأنه أضافَه إلىٰ الحاصلِ له، والحاصلُ له نِصْفُ الرِّبْحِ، ولو كان المُضَارِبُ الأوَّلُ شرَطَ للثاني ثُلُثَي الرِّبْحِ؛ فالثلثُ بينَه وبينَ ربِّ المالِ؛ لِمَا بَيَّنَّا أنه الحاصلُ له».

قولُه: (**وَلَوْ كَانَ قَالَ [٢/٤٣٣و] لَهُ: فَمَا رَبِحْتَ مِنْ شَيْءٍ؛ فَبَيْنِي وَبَيْنَكَ نِصْفَانِ، وَقَدْ دَفَعَ إِلَىٰ غَيْرِهِ بِالنِّصْفِ، فَلِلثَّانِي النِّصْفُ، وَالْبَاقِي بَيْنَ الْأَوَّلِ وَرَبِّ الْمَالِ**)،

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١١٤].

(٢) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

لِأَنَّ الْأَوَّلَ شَرَطَ لِلثَّانِي نِصْفَ الرِّبْحِ، وَذَلِكَ مُفَوَّضٌ إِلَيْهِ مِنْ جِهَةِ رَبِّ الْمَالِ فَيَسْتَحِقُّهُ. وَقَدْ جَعَلَ رَبُّ الْمَالِ لِنَفْسِهِ نِصْفَ مَا رَبِحَ الْأَوَّلُ، وَلَمْ يَرْبَحْ إِلَّا النِّصْفَ فَيَكُونُ بَيْنَهُمَا.

وَلَوْ كَانَ قَالَ لَهُ: عَلَىٰ أَنَّ مَا رَزَقَ اللهُ تَعَالَىٰ فَلِي نِصْفُهُ، أَوْ قَالَ: فَمَا كَانَ مِنْ فَضْلٍ؛ فَبَيْنِي وَبَيْنَكَ نِصْفَانِ، وَقَدْ دَفَعَ إِلَىٰ آخَرَ مُضَارَبَةً بِالنِّصْفِ؛ فَلِرَبِّ الْمَالِ النِّصْفُ، وَلِلْمُضَارِبِ الثَّانِي النِّصْفُ، وَلَا شَيْءَ لِلْمُضَارِبِ الْأَوَّلِ؛ [٩٨/ظ]؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ لِنَفْسِهِ نِصْفَ مُطْلَقِ الْفَضْلِ، فَيَنْصَرِفُ شَرْطُ الْأَوَّلِ النِّصْفُ لِلثَّانِي إِلَىٰ جَمِيعِ نَصِيبِهِ، فَيَكُونُ لِلثَّانِي بِالشَّرْطِ، وَيَخْرُجُ الْأَوَّلُ بِغَيْرِ شَيْءٍ، كَمَنْ اسْتُؤْجِرَ لِيَخِيطَ ثَوْبًا بِدِرْهَمٍ فَاسْتَأْجَرَ غَيْرَهُ لِيَخِيطَهُ بِمِثْلِهِ.

وَإِنْ شَرَطَ لِلْمُضَارِبِ الثَّانِي ثُلُثَيِ الرِّبْحِ؛ فَلِرَبِّ الْمَالِ: النِّصْفُ، وَلِلْمُضَارِبِ الثَّانِي النِّصْفُ، وَيَضْمَنُ الْمُضَارِبُ الْأَوَّلُ لِلثَّانِي سُدُسَ ....

غاية البيان

وهذه مِن مسائلِ «**الجامع الصغير**»[1] وقد مَرَّ بيانُها آنفًا.

قولُه: (وَلَوْ كَانَ قَالَ لَهُ: عَلَىٰ أَنَّ مَا رَزَقَ اللهُ تَعَالَىٰ؛ فَلِي نِصْفُهُ، أَوْ قَالَ: فَمَا كَانَ مِنْ فَضْلٍ؛ فَبَيْنِي وَبَيْنَكَ نِصْفَانِ، وَقَدْ دَفَعَ إِلَىٰ آخَرَ مُضَارَبَةً بِالنِّصْفِ؛ فَلِرَبِّ الْمَالِ: النِّصْفُ، وَلِلْمُضَارِبِ الثَّانِي: النِّصْفُ، وَلَا شَيْءَ لِلْمُضَارِبِ الْأَوَّلِ)، وهذه مذكورةٌ في «**الجامع الصغير**»[2]، و«**المختصر**»[3] جميعًا، وذلك لأن الأوَّلَ جعلَ للثاني جميعَ حقِّه، فلَمْ يَبْقَ للأوَّلِ شيءٌ، وقد مَرَّ البيانُ آنفًا.

قولُه: (وَإِنْ شَرَطَ لِلْمُضَارِبِ الثَّانِي ثُلُثَيِ الرِّبْحِ؛ فَلِرَبِّ الْمَالِ: النِّصْفُ، وَلِلْمُضَارِبِ الثَّانِي: النِّصْفُ [١٣/١٤١ظ/د]، وَيَضْمَنُ الْمُضَارِبُ الْأَوَّلُ لِلثَّانِي سُدُسَ

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٢٥].
(٢) ينظر: المصدر السابق.
(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١١٤].

الرِّبْحِ فِي مَالِهِ؛ لِأَنَّهُ شَرْطٌ لِلثَّانِي شَيْئًا هُوَ مُسْتَحَقٌّ لِرَبِّ الْمَالِ، فَلَمْ يَنْفُذْ فِي حَقِّهِ لِمَا فِيهِ مِنَ الْإِبْطَالِ، لَكِنِ التَّسْمِيَةُ فِي نَفْسِهَا صَحِيحَةٌ لِكَوْنِ الْمُسَمَّى مَعْلُومًا فِي عَقْدٍ يَمْلِكُهُ، وَقَدْ ضَمِنَ لَهُ السَّلَامَةَ فَيَلْزَمُهُ الْوَفَاءُ بِهِ، وَلِأَنَّهُ غَرَّهُ فِي ضِمْنِ الْعَقْدِ، وَهُوَ سَبَبُ الرُّجُوعِ؛ فَلِهَذَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ، وَهُوَ نَظِيرُ مَنِ اسْتُؤْجِرَ لِخِيَاطَةِ ثَوْبٍ بِدِرْهَمٍ فَدَفَعَهُ إِلَى مَنْ يَخِيطُهُ بِدِرْهَمٍ وَنِصْفٍ.

غاية البيان

الرِّبْحِ فِي مَالِهِ)، هذا لفْظ القُدُورِيِّ في «مختصره»[١].

وذلك لأن التَّسْمِيَةَ وقعَتْ صحيحةً؛ لكونِها معلومةً في عَقْدٍ يَمْلِكُه إلا أن الزِّيَادَةَ لَمْ تَنْفُذْ في حقِّ ربِّ المالِ لعدمِ رضاه؛ لأنه لَمْ يَرْضَ بأقلَّ مِن نِصْفِ الرِّبْحِ فَغَرِمَها الأَوَّلُ للثاني؛ لأنه غرَّه في ضِمْنِ العَقْدِ، وقد مَرَّ بيانُه قبلَ هذا.

قولُه: (غَرَّهُ فِي ضِمْنِ الْعَقْدِ، وَهُوَ سَبَبُ الرُّجُوعِ)، أي: الغرورُ في ضِمْنِ العَقْدِ سببُ الرُّجُوعِ، وإنما قَيَّدَ بِضِمْنِ العَقْدِ؛ لأنه إذا لم يَكُنْ في ضِمْنِ العَقْدِ لا يَجِبُ الضَّمَانُ، كما إذا قال لآخرَ: هذا الطريقُ آمِنٌ فاسْلُكْهَا، فسَلَكها فقُطِعَ عليه الطريقُ؛ لا يَجِبُ الضَّمانُ.

[والله أعلمُ][٢]

(١) ينظر: المصدر السابق.

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «م».

فَصْــلٌ

وَإِذَا اشْتَرَطَ الْمُضَارِبُ لِرَبِّ الْمَالِ ثُلُثَ الرِّبْحِ، وَلِعَبْدِ رَبِّ الْمَالِ ثُلُثَ الرِّبْحِ، عَلَىٰ أَنْ يَعْمَلَ مَعَهُ، وَلِنَفْسِهِ ثُلُثَ الرِّبْحِ؛ فَهُوَ جَائِزٌ؛ لِأَنَّ لِلْعَبْدِ يَدًا مُعْتَبَرَةً خُصُوصًا إِذَا كَانَ مَأْذُونًا لَهُ، وَاشْتِرَاطُ الْعَمَلِ إِذْنٌ لَهُ، وَلِهَذَا لَا يَكُونُ

غاية البيان

فَصْــلٌ

قولُه: (وَإِذَا اشْتَرَطَ الْمُضَارِبُ لِرَبِّ الْمَالِ ثُلُثَ الرِّبْحِ، وَلِعَبْدِ رَبِّ الْمَالِ ثُلُثَ الرِّبْحِ، عَلَىٰ أَنْ يَعْمَلَ مَعَهُ، وَلِنَفْسِهِ ثُلُثَ الرِّبْحِ؛ فَهُوَ جَائِزٌ)، وهذه مِن مسائلِ **«الجامع الصغير»**[1].

[٦/٢٢٣ظ/م] وذلك لأن اشتراطَ العملِ عليه لا يَمْنَعُ التخْليةَ التي هي شرْطُ صحَّةِ المُضَارَبةِ؛ لأن للعبدِ يدًا مُعْتَبَرَةً، ولهذا لم يَكُنْ لِلْمَوْلَىٰ اسْتِرْدَادُ وَدِيعَةِ العبدِ مِن يدِ المُودَعِ، وإذا جازَتِ المُضَارَبةُ؛ كان نصيبُ العبدِ مِن الرِّبْحِ لِلْمَوْلَىٰ إنْ لم يَكُنْ عليه دَيْنٌ، وإنْ كان عليه دَيْنٌ؛ فغُرماؤُه أحقُّ بذلك كسائرِ أكسابِه [١٣/١٤٢و/د]، بخلافِ شَرْطِ العملِ علىٰ ربِّ المالِ، فإنه يَمْنَعُ التخْليةَ، فلا تَصِحُّ المُضَارَبةُ.

وجملةُ القولِ هنا: ما قال القُدُورِيُّ في **«شرح مختصر الكَرْخِيِّ»**: «إذا دفَعَ الرَّجُلُ إلىٰ رَجُلٍ ألفَ درهم مُضَارَبةً، علىٰ أن ما رَزَق اللهُ تَعالىٰ مِن ذلك فللمُضارِبِ ثُلُثُه، ولعبدِ المُضَارِبِ ثُلُثُه، ولربِّ المالِ ثُلُثُه، فهذا جائزٌ، فما رَبح: فالثُّلُثانِ للمُضَارِبِ، والثلثُ لربِّ المالِ، وذلك لأن عبْدَ المُضَارِبِ إذا لم يَكُنْ عليه دَيْنٌ؛ فالمشروطُ له مَشْرُوطٌ للمُضَارِبِ؛ لأنه هو الذي يَمْلِكُه، فكأنه شرَطَ للمُضَارِبِ الثلُثيْنِ».

قال: «وكذلك لو شرَطَ للمُضَارِبِ الثلُثَ، ولربِّ المالِ الثلثَ، ولعبْدِ ربِّ

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/٤٢٨].

لِلْمَوْلَىٰ أَخْذُ مَا أَوْدَعَهُ الْعَبْدُ وَإِنْ كَانَ مَحْجُورًا عَلَيْهِ، ....

المالِ الثُّلُثَ؛ جاز؛ لأن ما شُرِطَ لعبْدِ ربِّ المالِ إذا لم يَكُنْ عليه دَيْنٌ مَشْرُوطٌ لمولاه، فكأن ربَّ المالِ شرَطَ لنفسِه الثلثيْنِ، وعلىٰ هذا قالوا: لو شرَطَ ثُلثَ الرِّبْحِ لقضاءِ دَيْنِ المُضَارِبِ، أوْ لقضاءِ دَيْنِ ربِّ المالِ؛ لأن المَشْرُوطَ في قَضَاءِ دَيْنِ أحدِهما مَشْرُوطٌ له.

وأمَّا إذا شُرِطَ الثلثُ لابنِ المُضَارِبِ، أوْ لزوْجتِه؛ فالمضاربةُ جائزةٌ، وما شُرِطَ لابنِ المُضَارِبِ؛ فهو لربِّ المالِ؛ لأن ابنَ المُضَارِبِ لا يَجُوزُ أنْ يَسْتَحِقَّ مِن غيرِ مالٍ ولا عمَلٍ، فصار المَشْرُوطُ له مَسْكوتًا عنه، وما سُكِتَ عنه مِن الرِّبْحِ فهو لربِّ المالِ.

وأمَّا إذا [١٣/١٤٢ظ/د] شُرِطَ ثُلُثُ الرِّبْح لعبْدِ ربِّ المالِ وعليه دَيْنٌ، فلا يَخْلُو: إمَّا أنْ يُشْرَطَ عملُه، أوْ لا يُشْرَطَ، فإنْ شُرِطَ عملُه؛ فهو عندَ أبي حنيفةَ رضي الله عنه: كالأجنبيِّ؛ لأن الْمَوْلَىٰ لا يَمْلِكُ أكسابَه، وإنْ لَمْ يُشْرَطْ عمَلُه؛ فما شُرِطَ [٢/٤٣٣ظ] لربِّ المالِ؛ لأنه لا يَجُوزُ أنْ يَسْتَحِقَّ ربحًا في المُضَارَبةِ مِن غيرِ عمَلٍ، ولا مالٍ، فصار المَشْرُوطُ له كالمسكوتِ عنه، وعلىٰ قولِهما: إذا كان عليه دَيْنٌ، فما شُرِطَ له فهو مَشْرُوطٌ لمولاه، عَمِلَ أوْ لَمْ يعْمَلْ.

وأمَّا إذا شُرِطَ الثلثُ لعبدِ المُضَارِبِ وعليه دَيْنٌ، فإنْ شُرِطَ عملُه؛ جاز عندَ أبي حنيفةَ رضي الله عنه؛ لأن المُضَارِبَ لا يَمْلِكُ كَسْبَه، فصار كالأجنبيِّ، وإنْ لَمْ يُشْرَطْ عملُه: فما شُرِطَ فلربِّ المالِ؛ لأنه مسكوتٌ عنه، وقال أبو يوسفَ ومحمد رحمهما الله: للمُضَارِبِ؛ لأنه يَمْلِكُ كَسْبَه كما يَمْلِكُ لو لم يَكُنْ عليه دَيْنٌ»[١]. كذا في **«شرح الكَرْخِيِّ»** رحمه الله.

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/١٠٠].

وَلِهَذَا يَجُوزُ بَيْعِ الْمَوْلَىٰ مِنْ عَبْدِهِ الْمَأْذُونِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ لَمْ يَكُنْ مَانِعًا مِنَ التَّسْلِيمِ وَالتَّخْلِيَةِ بَيْنَ الْمَالِ وَالْمُضَارِبِ، بِخِلَافِ اشْتِرَاطِ الْعَمَلِ عَلَىٰ رَبِّ الْمَالِ؛ لِأَنَّهُ مَانِعٌ مِنَ التَّسْلِيمِ عَلَىٰ مَا مَرَّ، وَإِذَا صَحَّتِ الْمُضَارَبَةُ يَكُونُ الثُّلُثُ لِلْمُضَارِبِ بِالشَّرْطِ وَالثُّلُثَانِ لِلْمَوْلَىٰ، لِأَنَّ كَسْبَ الْعَبْدِ لِلْمَوْلَىٰ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ، وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَهُوَ لِلْغُرَمَاءِ. هَذَا إِذَا كَانَ الْعَاقِدُ هُوَ الْمَوْلَىٰ.

وَلَوْ عَقَدَ الْعَبْدُ الْمَأْذُونُ عَقْدَ الْمُضَارَبَةِ مَعَ أَجْنَبِيٍّ، وَشَرَطَ الْعَمَلَ عَلَىٰ الْمَوْلَىٰ لَا يَصِحُّ إِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ؛ لِأَنَّ هَذَا اشْتِرَاطُ الْعَمَلِ عَلَىٰ الْمَالِكِ.

وَإِنْ كَانَ عَلَىٰ الْعَبْدِ دَيْنٌ صَحَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ؛ لِأَنَّ الْمَوْلَىٰ بِمَنْزِلَةِ الْأَجْنَبِيِّ عِنْدَهُ عَلَىٰ مَا عُرِفَ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

قولُه: (وَلِهَذَا يَجُوزُ بَيْعِ الْمَوْلَىٰ مِنْ عَبْدِهِ الْمَأْذُونِ)، يعني: إذا كان مديونًا، وسَيَجِيءُ ذلك في كتاب المَأْذُون، وقد مَرَّ في باب الْمُرَابَحَة والتَّوْلِيَة أيضًا: أن العبدَ إذا لم يَكُنْ عليه دَيْنٌ [٦/٢٢٤و/م]؛ لا يَصِحُّ بَيْعُه مِن مولاه، وكذا علىٰ العكسِ.

قولُه: (عَلَىٰ مَا مَرَّ)، إِشَارةٌ إلىٰ ما ذكَر في أوائلِ كتابِ المُضَارَبةِ بقولِه: (وَشَرْطُ الْعَمَلِ عَلَىٰ رَبِّ الْمَالِ مُفْسِدٌ لِلْعَقْدِ؛ لِأَنَّهُ يَمْنَعُ خُلُوصَ يَدِ الْمُضَارِبِ)، وتمامُ البيانِ يُنْظَرُ ثَمَّةَ في شرْحِنا هذا.

قولُه: (عَلَىٰ مَا عُرِفَ)، أي: الْمَوْلَىٰ لا يَمْلِكُ أكسابَ عبْدِه المَأْذُونِ المَدْيُونِ، وقد عُرِف ذلك في كتابِ المَأْذُونِ.

واللهُ ﷻ أعلمُ.

فَصْلٌ
فِي الْعَزْلِ وَالْقِسْمَةِ

قَالَ: وَإِذَا مَاتَ رَبُّ الْمَالِ، أَوِ الْمُضَارِبُ؛ بَطَلَتِ الْمُضَارَبَةُ؛ لِأَنَّهُ تَوْكِيلٌ عَلَىٰ مَا تَقَدَّمَ، [٩٩/و] وَمَوْتُ الْمُوَكِّلِ يُبْطِلُ الْوِكَالَةَ، وَكَذَا مَوْتُ الْوَكِيلِ، وَلَا يُورَثُ الْوِكَالَةُ، وَقَدْ مَرَّ مِنْ قَبْلُ.

غاية البيان

فَصْلٌ
فِي الْعَزْلِ وَالْقِسْمَةِ

أي: في عَزْلِ المُضَارِبِ [١٣/١٤٣و/د] وقِسْمَةِ الرِّبْحِ.

لَمَّا كان عزْلُ المُضَارِبِ أمرًا عارِضًا علىٰ عَقْدِ المُضَارَبَةِ، وكذا قِسْمَةُ الرِّبْحِ عارِضةٌ علىٰ الرِّبْحِ: ذكَرَ ذلك بعدَ بيانِ المُضَارَبَةِ وشرائطِها.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا مَاتَ رَبُّ الْمَالِ، أَوِ الْمُضَارِبُ؛ بَطَلَتِ الْمُضَارَبَةُ)، أي: قال القُدُورِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ في «مختصره»[١].

وذلك لأن المُضَارِبَ يَتَصَرَّفُ في المالِ بإذْنِ ربِّ المالِ كَالْوَكِيلِ، فإذا مات ربُّ المالِ بطَلَ الإذْنُ، فلَمْ يَجُزِ التصرُّف في مالِ الغيرِ بغيرِ إذْنِه، وكذلك إذا مات المُضَارِبُ تَبْطُلُ المُضَارَبةُ؛ لأنه بمنزلةِ الوَكِيلِ، وموتُ الوَكِيلِ يُبْطِلُ الوَكَالَةَ، ولا يَنْتَقِلُ ذلك إلىٰ ورَثَتِه، فكذا هذا.

قولُه: (لِأَنَّهُ تَوْكِيلٌ)، أي: لأن عَقْدَ المُضَارَبةِ تَوْكِيلٌ (عَلَىٰ مَا تَقَدَّمَ)، إشَارةٌ إلىٰ ما ذكَر في أوَّلِ المُضَارَبةِ بقولِه: (وَهُوَ وَكِيلٌ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِيهِ بِأَمْرِ مَالِكِهِ).

قولُه: (وَقَدْ مَرَّ مِنْ قَبْلُ)، أي: مَرَّ بطلانُ الوَكَالَةِ بموتِ المُوَكِّلِ، وموتُ

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١١٤].

. . . .

الوَكِيلِ في بابِ عَزْلِ الوَكِيلِ مِن كتابِ الوَكَالَةِ.

ثم اعلم: أن عَقْدَ المُضَارَبَةِ بمنزلةِ الوَكَالَةِ الخاصَّةِ، لكن يَفْتَرِقانِ في مسائلَ.

منها: ما ذكرَه شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ في «**شرح الكافي**» - في بابِ شِرَاءِ المُضَارِبِ وبَيْعِه -: «وإذا أراد المُضَارِبُ أنْ يَرُدَّ عبدًا قدِ اشتَراه بِالعَيْبِ، فطلَبَ البَائعُ يَمِينَ المُضَارِبِ، ما رَضِيَ بِالعَيْبِ، ولا عَرَضَه علىٰ البَيْعِ منذُ اشتراهُ، فنَكَلَ المُضَارِبُ عن اليَمِينِ؛ بَقِيَ العبدُ علىٰ المُضَارَبةِ؛ لأن أقصَىٰ ما في البابِ أنْ يُجْعَلَ [١٣/١٤٣ظ/د] هذا شِرَاءً مُبْتَدَأً.

ولوِ اشتراه ابتداءً صحَّ، فكذا إذا اسْتُرِدَّ بِالعَيْبِ، وكذلك لو أقَرَّ بِالعَيْبِ يَلْزَمُه العبدُ علىٰ المُضَارَبةِ لِمَا ذَكَرْنا، بخلافِ الوَكِيلِ؛ لأنه لا يَمْلِكُ الشِّرَاءَ، فلا يَصِحُّ إقرارُه.

ومنها: ما ذكَر في «**شرح الكافي**» أيضًا في بابِ المُضَارِبِ يَدْفَعُ[١] المالَ مُضَارَبَةً: «وإذا دفعَ الرَّجُلُ إلىٰ الرَّجُلِ ألفَ درهمٍ مُضَارَبةً بالنصفِ، وقال له: اعْمَلْ فيه برأيكَ، فدفَعه المُضَارِبُ إلىٰ رَجُلٍ مُضَارَبَةً بالثلثِ، فعَمِلَ به فَرَبِحَ، فللمُضارِبِ الآخَرِ ثُلثُ الرِّبْحِ [٢/٤٣٤و]، وللأَوَّلِ سُدسُه، ولربِّ المالِ نِصْفُه.

فإنْ دفَع الثاني إلىٰ ثالثٍ مُضَارَبةً، وقد كان قال للثاني: اعملْ فيه برأيِكَ؛ فهو جائزٌ، والمُضَارِبُ الثاني فيه بمنزلةِ الأَوَّلِ؛ لأنه لَمَّا قال [له][٢]: اعملْ فيه برأيِكَ؛ له أنْ يُشارِكَ به، وأنْ يخْلِطَ بمالِه[٣]، فَرْقٌ بينَ هذا وبينَ الوَكِيلِ إذا قال المُوَكِّلُ له: اعْمل برأيكَ؛ كان للوَكِيلِ أنْ يُوَكِّلَ غيرَه.

---

(١) وقع بالأصل: «المُضَارَبَة بدفع». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

(٢) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

(٣) وقع بالأصل: «وأن يخلط بماله بماله». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

. . . .

ولو قال الوَكِيلُ الأَوَّلُ للثاني [٦/٢٢٤ظ/م]: اعمل فيه برأيكَ؛ لم يَكُنْ للثاني أنْ يُوَكِّلَ غيرَه؛ لأن الأَوَّلَ استفادَ ولايةَ التَّوْكِيلِ بالإذْنِ، والإذنُ وُجِدَ في حقِّه خاصَّةً، فلا تَثْبُتُ هذه الولايةُ، بخلافِ المُضَارِبِ؛ لأنه استفاد هذه الولايةَ بعَقْدِ الشَّرِكَةِ؛ لأنه استفاد ولايةَ التِّجَارَةِ مطلقًا بقولِه: اعْمَلْ فيه برأيِكَ، فيَمْلِكُ جميعَ أنواعِ التجاراتِ، وهذا نوعُ تجارةٍ، فمَلَكَ التفويضَ إلىٰ غيرِه.

ومنها: أن الوَكِيلَ إذا [١٣/١٥٠و/د][1] دفَعَ إليه الثَّمَنَ قبلَ الشِّرَاءِ، وهلَكَ في يدِه بعدَ الشِّرَاءِ، فإنه يَرْجِعُ به علىٰ المُوَكِّلِ، ثم لو هلَكَ ما أَخَذه ثانيًا؛ لا يَرْجِعُ به مرَّةً أخرَىٰ، والمُضَارِبُ يَرْجِعُ علىٰ ربِّ المالِ مرَّةً بعدَ أُخرَىٰ إلىٰ أنْ يَصِلَ الثَّمَنُ إلىٰ البَائعِ، وهو مذكورٌ في «**الهداية**» قُبَيْلَ فَصْلٍ في الاختلافِ مِن كتابِ المُضَارَبةِ.

والفرْقُ: أن الثَّمنَ إذا تَوِيَ في يدِ الوَكِيلِ قبلَ التَّسْلِيمِ إلىٰ البائعِ؛ رجَعَ به علىٰ المُوَكِّلِ، ثم لو تَوِيَ ثانيًا لم يَمْلِكِ الرُّجُوعَ؛ لأن الوَكِيلَ يتصرَّفُ لنفسِه؛ ولهذا كانتِ العهدةُ عليه، لكن لَمَّا أَدَّىٰ الثَّمَنَ بأمْرِه؛ كان له أنْ يَرْجِعَ عليه.

وإذا رجَعَ مرَّةً أُخرىٰ، فقد قبَضَ ما وَجَبَ له علىٰ المُوَكِّلِ، وبرِئَتْ ذِمَّتُه، فلا يَرْجِعُ ثانيًا، بخلافِ المُضَارِبِ، فإنه قابضٌ للمُضَارَبةِ لا لنَفْسِه؛ لأنه عاملٌ للمُضَارَبةِ». كذا قال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ رحمه الله في بابِ الْمُرَابَحَةِ في المُضَارَبةِ.

ومنها: أن المُضَارِبَ إذا اشْتَرَىٰ بمالِ المُضَارَبَةِ عُروضًا، ثم عَزَله ربُّ المالِ عن المُضَارَبةِ؛ لَمْ يعْمَلْ عَزلُه وإنْ عَلِمَ بعَزْلِه، وسَيَجِيءُ ذلك في المتنِ بعدَ خُطوطٍ، وذلك؛ لأنه لا يَمْلِكُ حَجْرَه في هذه الحالةِ؛ لتعَلُّقِ حقِّ المُضَارَبةِ به،

---

(١) وقع هنا خطأ في ترتيب اللوحات، فوقعت هذه اللوحة متقدمة في الترتيب عند رقم [١٥٠/و].

وَإِنِ ارْتَدَّ رَبُّ الْمَالِ عَنِ الْإِسْلَامِ وَالْعِيَاذُ بِاللهِ وَلَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ؛ بَطَلَتِ الْمُضَارَبَةُ؛ لِأَنَّ اللُّحُوقَ بِمَنْزِلَةِ الْمَوْتِ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ يُقَسَّمُ مَالُهُ بَيْنَ وَرَثَتِهِ، وَقَبْلَ لُحُوقِهِ يَتَوَقَّفُ تَصَرُّفُ مُضَارِبِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ؛ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ لَهُ؛ فَصَارَ كَتَصَرُّفِهِ بِنَفْسِهِ.

غاية البيان

وهو حقُّ البَيْعِ ليَرْبَحَ عليه بخلافِ الوَكِيلِ؛ فإنه يَنْعَزِلُ إذا علِم؛ لأنه لَمْ يَتَعَلَّقْ حقُّه به.

ومنها: أن ربَّ المالِ لو ارتدَّ ولَحِقَ بدارِ الحربِ، ثم عاد مسلمًا؛ فالمضارِبُ علىٰ مُضارَبَتِه؛ لأنه نقَضَ رِدَّتَه قبلَ تقرُّرِها، فصار كأنه لم يَزَلْ مسلمًا، بخلافِ الوَكِيلِ، فإنه إذا رجَع المُوَكِّلُ مسلمًا لا تَعُودُ الوَكَالَةُ في ظاهرِ الروايةِ خلافًا لِمَا رُوِيَ عن محمَّدٍ رحمه الله، وقد مَرَّ في بابِ عَزْلِ الوَكِيلِ.

قولُه: (وَإِنِ ارْتَدَّ رَبُّ الْمَالِ عَنِ الْإِسْلَامِ وَلَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ؛ بَطَلَتِ الْمُضَارَبَةُ)، وهذا لفْظُ القُدُورِيِّ في «**مختصره**»[1].

وهذا لأن الحُكْمَ بلحاقِه يُزِيلُ مِلْكَه، ويوجِبُ قِسْمَةَ مالِه بينَ ورثَتِه، فهُو بمنزلةِ موتِه، ولكن هذا إذا لَمْ يَعُدْ مسلمًا، فإذا عاد مسلمًا؛ فالمضارَبةُ علىٰ حالِها.

وتمامُ البيانِ فيه: ما ذكَره شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ رحمه الله في «**شرح الكافي**» بقولِه: «وإذا دفَع الرَّجلُ إلىٰ الرَّجُلِ مالًا مُضارَبةً بالنصفِ، فارتدَّ المُضَارِبُ عن الإسلامِ، أوْ دفَعه إليه بعدَما ارتَدَّ، ثم اشْتَرَىٰ وباع فربِحَ، أوْ وُضِعَ، ثم قُتِلَ علىٰ رِدَّتِه، أوْ مات، أوْ لَحِقَ بدارِ الحربِ؛ جاز مِن ذلك ما فعَلَ [٦/٢٢٥و/م]، والرِّبْحُ بينَهُما علىٰ ما اشتَرَطا.

أمَّا عندَهما: فلأنه بمنزلةِ المسلمِ في جميعِ تصرُّفاتِه، وأمَّا عندَ أبي حنيفةَ رضي الله عنه:

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١١٤].

. . . .

غاية البيان

فلأن الرِّدَّةَ تُنَافِي الولايةَ الأَصْلِيَّةَ، دونَ الولايةِ المستفادةِ مِن قِبَلِ الغَيْرِ، ولهذا لوِ ارتَدَّ الوَكِيلُ لم يَنْعَزِلْ عن وكالَتِه، وهذا في معناه، والعهدةُ في جميعِ ما اشْتَرَىٰ وباع علىٰ ربِّ المالِ عندَ أبي حنيفةَ رضي الله عنه، كوكيلِ المُرْتَدِّ.

وفي قولِهما: العهدةُ علىٰ المُرْتَدِّ؛ لأن ولايتَهُ لم [١٣/١٤٤و/د][1] تَبْطُلْ [٢/٤٣٤ظ]، وعندَ أبي حنيفةَ: بُطْلانُ ولايتِه مَوْقُوفٌ علىٰ اللحُوقِ أو القتلِ، ومتىٰ قُتِلَ علىٰ رِدَّتِه؛ صار القتلُ كأنه مَوْجُودٌ مِن ذلك الوقتِ، فأثَّرَ في بُطلانِ تصرُّفِه.

ولو لم يرْتَدَّ المُضَارِبُ، وارتدَّ ربُّ المالِ، أوْ كان[2] مُرْتَدًّا حينَ اشْتَرَىٰ المُضَارِبُ وباع فَربحَ، أوْ وُضِعَ، ثم قُتِلَ المُرْتَدُّ أوْ مات أوْ لَحِقَ بدارِ الحربِ، فإنَّ القاضيَ يُجِيزُ البَيْعَ والشِّراءَ علىٰ المُضَارِبِ، والرِّبْحُ له، ويُضَمِّنُه رأسَ المالِ في قياسِ قولِ أبي حنيفةَ رضي الله عنه.

وقال أبو يوسفَ ومحمد رضي الله عنهما: هو علىٰ المُضَارَبَة؛ لأن التصَرُّفَ في مالِ المُضَارَبةِ إنما يَنْفُذُ علىٰ المُضَارَبةِ بالولايةِ الأَصْلِيَّةِ، فيتوقَّفُ ويَبْطُلُ بالموتِ، أوْ بالقضاءِ باللحوقِ، ولو لم يُرْفَعِ الأمرُ إلىٰ القاضي حتَّىٰ عاد المُرْتَدُّ مسلمًا؛ جاز جميعُ ذلك علىٰ المُضَارَبةِ؛ لأنه انتقضَتْ رِدَّتُه قبلَ اتِّصالِ القَضَاءِ بها، فيَبْطُل حُكْمُها، ولو كان ربُّ المالِ امرأةً فارتدَّتْ؛ فهي بمنزلةِ المسْلمةِ في تصرُّفاتِها؛ لأنها لا تُقْتَلُ، فلَمْ يَنْعَقِدْ سببُ التلفِ في حقِّها.

وإذا دفَع الرَّجلُ إلىٰ الرَّجُلِ مالًا مُضَارَبةً بالنصفِ، فارتدَّ ربُّ المالِ ولَحِقَ بدارِ الحربِ، فلَم يُقْضَ في مالِه بشيءٍ حتَّىٰ رجَع مسلمًا، وقدِ اشترىٰ المضارِبُ

---

(١) وقع اضطراب في ترتيب هذه اللوحة، فوقعت متأخرة عند رقم [١٤٤/و]

(٢) وقع بالأصل: «وكان». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

وَلَوْ كَانَ الْمُضَارِبُ هُوَ الْمُرْتَدُّ فَالْمُضَارَبَةُ عَلَىٰ حَالِهَا؛ لِأَنَّ لَهُ عِبَارَةٌ صَحِيحَةٌ، وَلَا تَوَقُّفَ فِي مِلْكِ رَبِّ الْمَالِ فَبَقِيَتْ الْمُضَارَبَةُ.

قَالَ: فَإِنْ عَزَلَ رَبُّ الْمَالِ الْمُضَارِبَ، وَلَمْ يَعْلَمْ بِعَزْلِهِ حَتَّىٰ اشْتَرَىٰ وَبَاعَ؛ فَتَصَرُّفُهُ جَائِزٌ؛ لِأَنَّهُ وَكِيلٌ مِنْ جِهَتِهِ، وَعَزْلُ الْوَكِيلِ قَصْدًا يَتَوَقَّفُ عَلَىٰ عِلْمِهِ.

غاية البيان

بالمالِ وباع، وربُّ المالِ في دارِ الحربِ، فذلك كلِّه جائزٌ علىٰ المُضارَبةِ لِمَا بَيَّنَّا أنه نقَضَ رِدَّتَهُ قبلَ تقرُّرِها [١٣/١٤٤ظ/د]، فصار كأنه لم يزَلْ مُسلمًا.

ولو كان المُضَارِبُ هو الذي ارتدَّ ولَحِقَ بدارِ الحربِ، فاشْتَرَىٰ به في دارِ الحربِ وباع فرَبح، ورجَعَ بالمالِ مسْلمًا؛ فإنَّ له جميعَ ما اشْتَرَىٰ مِن ذلك وباع؛ لأنه صار غاصبًا باللِّحاقِ بدارِ الحربِ، فمَلَكَهُ بالإِحْرازِ، كما لو غصَبَه مِن المسْلمِ وأحرَزَه بدارِ الحربِ، فإذا عاد إلينا لم يُتَعَرَّضْ لفِعْلِه السابقِ بالنقْضِ؛ لأن الشَّرْعَ جعلَ الإسلامَ الطارِئَ قاطعًا لحُكْمِ فِعْلِه السابقِ، ومُكَفِّرًا له بقولِه تعالىٰ: ﴿قُل لِّلَّذِينَ كَفَرُوٓاْ إِن يَنتَهُواْ يُغْفَرْ لَهُم مَّا قَدْ سَلَفَ﴾ [الأنفال: ٣٨]. وقال عليه السلام: «الْإِسْلَامُ يَجُبُّ مَا قَبْلَهُ»[١].

قولُه: (فَالْمُضَارَبَةُ عَلَىٰ حَالِهَا)، أي: في قولِهم جميعًا، وقد مَرَّ البيانُ.

قولُه: (قَالَ: فَإِنْ عَزَلَ رَبُّ الْمَالِ الْمُضَارِبَ، وَلَمْ [٦/٢٢٥ظ/م] يَعْلَمْ بِعَزْلِهِ حَتَّىٰ اشْتَرَىٰ وَبَاعَ؛ فَتَصَرُّفُهُ جَائِزٌ)، أي: قال القُدُورِيُّ رحمه الله في «مختصره»[٢].

يعني: أن عزْلَ المُضَارِبِ لا يَصِحُّ قبلَ عِلْمِه؛ لأن العَزْلَ نَهْيٌ، والأحكامُ المتعلِّقةُ بالأمْرِ لا يَتَحَقَّقُ فيها النهْيُ قبلَ العِلْمِ.

يُدُلُّ عليه: أوامِرُ صاحبِ الشَّرْعِ ونوَاهيهِ، فإذا لم يَصِحَّ العزْلُ قبلَ العِلْمِ؛

(١) مضىٰ تخريجه.
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١١٤].

وَإِنْ عَلِمَ بِعَزْلِهِ وَالْمَالُ عُرُوضٌ؛ فَلَهُ أَنْ يَبِيعَهَا، وَلَا يَمْنَعُهُ الْعَزْلُ مِنْ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ قَدْ ثَبَتَ فِي الرِّبْحِ، وَإِنَّمَا يَظْهَرُ بِالْقِسْمَةِ وَهِيَ تُبْتَنَىٰ عَلَىٰ رَأْسِ الْمَالِ، وَإِنَّمَا يَنِضُّ بِالْبَيْعِ.

غاية البيان

صار الحالُ بعدَ العزْلِ كما قبلَه، فجاز تصَرُّفُ المُضَارِبِ شِرَاءً وبيعًا، بخلافِ ما إذا مات ربُّ المالِ، حيثُ يَنْفَسِخُ عَقْدُ المُضَارَبةِ، سواءٌ عَلِمَ المُضَارِبُ بموتِه أوْ لا؛ لأنه فَسْخٌ حُكْمِيٌّ، لكن هذا إذا كان المالُ نقْدًا، فأمَّا إذا كان عُرُوضًا، فإنَّ بَيْعَ المُضَارِبِ [١٣/١٤٥و/د] جائزٌ حتَّىٰ يَصيرَ نقْدًا، فيُؤَدِّي رأسَ المالِ، ولا يَنْعَزِلُ بالعَزْلِ صريحًا، وكذا بالموتِ. كذا في «**التحفة**»(١).

قولُه: (**وَإِنْ عَلِمَ بِعَزْلِهِ وَالْمَالُ عُرُوضٌ؛ فَلَهُ أَنْ يَبِيعَهَا، وَلَا يَمْنَعُهُ الْعَزْلُ مِنْ ذَلِكَ**)، وهذا لفْظُ القُدُورِيِّ في «**مختصره**»(٢)، **أي**: لا يَمْنَعُ العَزْلُ المُضارِبَ مِن البَيْعِ إذا كان المالُ عُروضًا؛ لأن حقَّ المُضَارِبِ تعَلَّق بالمالِ بواسطةِ الرِّبْحِ، والرِّبْحُ لا يَظْهَرُ إلا بالقسمةِ، والقِسْمَةُ لا تَكُونُ إلا بناءً علىٰ رأسِ المالِ، والقِسْمَةُ بناءٌ علىٰ رأس المالِ لا تتَحَقَّقُ قبلَ أنْ يَنِضَّ المالُ، ولا يَنِضُّ إلا بِبَيْعِ العُروضِ التي اشتراها، فيَبِيعُ حتَّىٰ يَنِضَّ، فيَظْهَرُ حقُّه في [٢/٤٣٥و] الرِّبْحِ بالقسمةِ، فلا جَرَمَ لَمْ يُؤَثِّرِ العَزْلُ حتىٰ لا يَلْزَمَ إسقاطُ حقِّ المُضَارِبِ.

قولُه: (**وَإِنَّمَا يَنِضُّ بِالْبَيْعِ**)، أي: يحْصُلُ وَرِقًا بعدَ أنْ كان متاعًا.

والنَّاضُّ عندَ أهلِ الحجازِ: الدراهمُ والدنانيرُ. كذا في «**المغرب**»(٣).

منه: ما ذكرَه في «**الفائق**»: «في حديثِ عُمَرَ رضي الله عنه: «كَانَ يَأْخُذُ الزَّكَاةَ مِنْ نَاضِّ

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاءُ الدِّين السمرقندي [٣/٢٥].
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١١٤].
(٣) ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزي [٢/٣٠٩].

قَالَ: **ثُمَّ لَا يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِثَمَنِهَا شَيْئًا آخَرَ**؛ لِأَنَّ الْعَزْلَ إِنَّمَا لَمْ يَعْمَلْ ضَرُورَةً مَعْرِفَةَ رَأْسِ الْمَالِ، وَقَدِ انْدَفَعَتْ حَيْثُ صَارَ نَقْدًا فَيَعْمَلُ الْعَزْلُ.

فَإِنْ عَزَلَهُ وَرَأْسُ الْمَالِ دَرَاهِمُ أَوْ دَنَانِيرُ قَدْ نَضَّتْ؛ لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيهَا؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي إِعْمَالِ عَزْلِهِ إِبْطَالُ حَقِّهِ فِي الرِّبْحِ فَلَا ضَرُورَةَ.

غاية البيان

الْمَالِ». هو ما نَضَّ منه؛ أي: صار وَرِقًا وعَيْنًا بعدَ أنْ كان متاعًا»[1].

قولُه: (قال: ثُمَّ لَا يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِثَمَنِهَا شَيْئًا آخَرَ)، أي: قال القُدُورِيُّ رحمه الله في «**مختصره**»[2].

يعني: إذا باع المُضَارِبُ العَرْضَ [١٣/١٤٥ظ/د] بعدَ عَزْلِ ربِّ المالِ؛ لا يَجُوزُ له أنْ يَشْتَرِيَ بثَمَنِ ذلك شيئًا آخرَ؛ لأن بَيْعَ العَرْضِ بعدَ العَزْلِ، إنما جاز ضَرُورَةَ معرفةِ رأسِ المالِ، فإذا نَضَّ؛ فقد حصَلَ هذا المعنى، فزالتِ الضَّرُورَةُ، فعَمِلَ العَزْلُ السابقُ عمَلَه، فلَمْ يَجُزْ له التصَرُّفُ بعدَ ذلك.

قولُه: (فَإِنْ عَزَلَهُ وَرَأْسُ الْمَالِ دَرَاهِمُ أَوْ دَنَانِيرُ قَدْ نَضَّتْ؛ لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيهَا)، وهذا لفظُ القُدُورِيِّ في «**مختصره**»[3].

وذلك لأن المالَ إذا نَضَّ دراهمَ أوْ دنانيرَ؛ صحَّ عزْلُ المُضَارِبِ، فلَمْ يَجُزْ تصَرُّفُه بعدَ ذلك؛ لأن العَزْلَ إنما لم يَصِحَّ فيما إذا كان المالُ عُروضًا؛ لضرورةِ معرفةِ رأسِ المالِ، والضَّرُورَةُ مُنْتَفيةٌ هنا، ولكن هذا إذا كان النَّاضُّ مِن جنسِ رأسِ المالِ.

أَمَّا إذا كان مِن خلافِ جنسِه؛ بأنْ يَكُونَ رأسُ المالِ دراهمَ، والنَّاضُّ دنانيرُ،

(١) ينظر: «الفائق في غريب الحديث» للزمخشري [٣/٤٤٠].
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١١٤].
(٣) ينظر: المصدر السابق.

قَالَ الْعَبْدُ الضَّعِيفُ: وَهَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ إِذَا كَانَ مِنْ جِنْسِ رَأْسِ الْمَالِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِأَنْ كَانَ دَرَاهِمَ وَرَأْسُ الْمَالِ دَنَانِيرُ أَوْ عَلَى الْقَلْبِ لَهُ أَنْ يَبِيعَهَا بِجِنْسِ رَأْسِ الْمَالِ اسْتِحْسَانًا؛ لِأَنَّ الرِّبْحَ لَا يَظْهَرُ إِلَّا بِهِ وَصَارَ كَالْعُرُوضِ، **وَعَلَى هَذَا مَوْتُ رَبِّ الْمَالِ فِي بَيْعِ الْعُرُوضِ وَنَحْوِهَا**.

غاية البيان

أَوْ على العكسِ.

ففي القياسِ: لا يَجُوزُ له التصَرُّفُ فيها؛ لأنها مِن جنسِ الأَثْمَانِ، فصار كأنَّ رأسَ المالِ [٦/٢٢٦و/م] قد تعَيَّن.

وفي الاستحسانِ: يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَها بجنسِ رأسِ المالِ؛ لأن الواجبَ على المُضَارِبِ أَنْ يَرُدَّ مِثْلَ رأسَ المالِ، وذلك لا يُمْكِنُ إلا بأَنْ يَبِيعَ ما في يدِه بجنسِ رأسِ المالِ، فكان له ذلك، كما إذا كان في يدِه عُرُوضٌ[1]. كذا في «**شرح الأقطع**».

قولُه: (**وَعَلَى هَذَا مَوْتُ** [١٣/١٤٦و/د] **رَبِّ الْمَالِ فِي بَيْعِ الْعُرُوضِ وَنَحْوِهَا**)، وهذا إِشَارةٌ إلى قولِه: (**لَا يَمْنَعُهُ الْعَزْلُ مِنْ ذَلِكَ**).

يعني: لا يَنْعَزِلُ المُضَارِبُ بموتِ ربِّ المالِ إذا كان المالُ عُروضًا، بل يَبِيعُها بعدَ العَزْلِ، كما لا يُعْزَلُ إذا عزَله ربُّ المالِ، والمالُ عُروضٌ؛ لأن الموتَ حَجْرٌ ضروريٌّ، فأُلْحِقَ بالحَجْرِ القصْدِيِّ، ثم لو حَجَر ربُّ المالِ على المُضارِبِ، والمالُ سِلَعٌ؛ لا يَعْمَلُ حَجْرُه، فكذا ههنا.

وفِقْهُه: أن حقَّ المُضَارِبِ مُتعَلِّقٌ به، فلو عَمِلَ الحَجْرُ فيه؛ لبطَلَ حقُّ المُضَارِبِ بغيرِ رِضاه، وهذا مما لا يَجُوزُ.

وأراد بقولِه: (**وَنَحْوِهَا**): ما إذا ارتدَّ ربُّ المالِ ولَحِقَ بدارِ الحربِ، أَوْ قُتِلَ،

(١) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٣٥٢].

. . . .

أوْ مات مُرْتَدًّا، ثم باع المُضَارِبُ العَرْضَ؛ جاز بَيْعُه على المُضَارَبةِ لِمَا قُلنا، والضميرُ في (وَنَحْوِهَا) على هذا: يَرْجِعُ إلى موتِ ربِّ المالِ على تأويلِ المَنِيَّةِ[1]، فيَنْبَغِي أنْ يُقَالَ: برَفْعِ الواوِ.

ويَجُوزُ أنْ يَرْجِعَ إلى بَيْعِ العُرُوضِ، بأنْ أعْطَى المضافَ حُكْمَ المؤنَّثِ، باعتبارِ إضافتِه إلى المؤنَّثِ كما في قولِه[2]:

كَمَا شَرِقَتْ صَدْرُ الْقَنَاةِ مِنَ الدَّمِ

فعلى هذا يُقالُ: بجَرِّ الواوِ، كما قال فيه بعضُ الشارِحين بقولِه: أراد به: إذا كان رأسُ المالِ دراهمَ والمالُ دنانيرَ؛ كان له أنْ يَبِيعَ الدنانيرَ بالدراهمِ، وهذا له[3] وجهٌ كما بَيَّنَّا مِن وجهِ الاستحسانِ، وقد ذُكِرَ قُبيلَ هذا.

ويَجُوزُ أنْ يَرْجِعَ على العُرُوضِ على معنى: في بَيْعِ العُرُوضِ، وفي بَيْعِ نحوِ العُرُوضِ؛ كما إذا كان رأسُ المالِ دراهمَ والمالُ دنانيرَ، أوْ على العكسِ؛ لأنها نحوُ العُرُوضِ في أن المُضَارِبَ لا يَنْعَزِلُ بموتِ ربِّ المالِ.

---

(١) وقع في «م»: «الميتة».

(٢) هذا عَجُز بيتٍ مشهور للأعشى، وتمامُه:

وتَشْرَق بالقَوْلِ الَّذِي قَدْ أَذَعْتَه ✤ كَمَا شَرِقَتْ صَدْرُ القَنَاةِ من الدَّمِ

والبيتُ مِن قصيدة مَطْلعها:

أَلَا قُلْ لِتَيَّا قَبْلَ مِرَّتِها اسْلَمِي ✤ تَحِيَّةَ مُشْتَاقٍ إِلَيْهَا مُتَيَّمِ

ينظر: «ديوان الأعشى» [ص/١٢٣].

ومرادُ المؤلف مِن الشاهد: جوازُ الإخبار عن المُذَكَّر بالفعل المؤنَّث عند الإضافة؛ فـ: «شَرِقَتْ» مؤنَّثة عائدة على: «الصَدْر» وهو مُذَكَّر، لكنه لَمَّا أضافَه للقَناة سرَى منها التأنيثُ إليه. ينظر: «خزانة الأدب» للبغدادي [١٠٤/٥].

(٣) وقع بالأصل: «وهذا إن كان له». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

وَإِذَا افْتَرَقَا وَفِي الْمَالِ دُيُونٌ، وَقَدْ رَبِحَ الْمُضَارِبُ فِيهِ؛ أَجْبَرَهُ الْحَاكِمُ عَلَىٰ اقْتِضَاءِ الدُّيُونِ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْأَجِيرِ وَالرِّبْحُ كَالْأَجْرِ لَهُ؛ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي الْمَالِ رِبْحٌ لَمْ يَلْزَمْهُ الِاقْتِضَاءُ؛ لِأَنَّهُ وَكِيلٌ مَحْضٌ، وَالْمُتَبَرِّعُ لَا يُجْبَرُ عَلَىٰ إِيفَاءِ مَا تَبَرَّعَ بِهِ، وَيُقَالُ لَهُ: وَكِّلْ رَبَّ الْمَالِ فِي الِاقْتِضَاءِ؛ لِأَنَّ حُقُوقَ الْعَقْدِ تَرْجِعُ إِلَىٰ الْعَاقِدِ، فَلَا بُدَّ مِنْ تَوْكِيلِهِ، وَتوَكُّلُهُ حَتَّىٰ [٩٩/ظ] لَا يَضِيعُ حَقُّهُ.

غاية البيان

قولُه: (**وَإِذَا افْتَرَقَا وَفِي الْمَالِ دُيُونٌ** [١٣/١٤٦ظ/د]، **وَقَدْ رَبِحَ الْمُضَارِبُ فِيهِ؛ أَجْبَرَهُ الْحَاكِمُ عَلَىٰ اقْتِضَاءِ الدُّيُونِ**)، وهذا لفْظُ القُدُورِيِّ رحمه الله في «**مختصره**»، وتمامُه فيه: «وإنْ [٢/٤٣٥ظ] لم يَكُنْ فيه رِبْحٌ؛ لم يَلْزَمْهُ الاقتضاءُ. ويُقالُ له: وَكِّلْ رَبَّ المالِ في الاقتضاءِ»[1]. والمرادُ مِن افتراقِ ربِّ المالِ والمُضارِبِ: فَسْخُهما عَقْدَ المُضارَبةِ.

ولفْظُ محمَّدٍ رحمه الله في أصْلِ «**الجامع الصغير**»: «عن يعقوبَ عن أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنهما: في المُضارِبُ إذا أدَانَ[2] مالَ المُضارَبةِ. قال: إنْ كان فيه فضْلٌ أُجْبِرَ علىٰ أنْ يتقاضَاه، وإنْ لم يَكُنْ فيه فضْلٌ لَمْ يُجْبَرْ، وأحالَ ربَّ الدَّيْنِ حتَّىٰ يتقاضَاه»[3].

والمرادُ مِن قولِه: «أدَانَ المالَ»، أي: جَعَله دَيْنًا علىٰ الناسِ، ثم امتنَع مِن التقاضِي والقَبْضِ[4]. كذا في «**شرح الطَّحَاوِيِّ**» للإمامِ الأَسْبِيْجَابيِّ.

وقال الشَّافعيُّ رضي الله عنه: يَلْزَمُه الاقتضاءُ وإنْ لم [٦/٢٢٦ظ/م] يَكُنْ في المالِ رِبْحٌ[5].

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١١٤].

(٢) وَضَع الناسخُ في «تح» فوق كلمة «أَدَانَ» رمْز: «خِف». إشارة إلىٰ خِفَّة الكلمة وعدم تشديدها، تمييزًا لها عن: «ادَّان» بالتشديد. ينظر: «معجم الرموز والإشارات» للمَامقَانِيِّ [ص/١٠٥].

(٣) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٢١].

(٤) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق/٢٨٣].

(٥) ينظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٤/٣٩٩]، و«التنبيه في الفقه الشافعي» للشيرازي [ص/١٢٠]. و«كفاية النبيه شرح التنبيه» لابن الرفعة [١١/١٤٨].

وَقَالَ فِي: «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: يُقَالُ لَهُ أَحِلَّ مَكَانَ قَوْلِهِ وَكِّلْ، وَالْمُرَادُ مِنْهُ الْوِكَالَةُ، وَعَلَىٰ هَذَا سَائِرُ الْوِكَالَاتِ وَالْبِيَاعِ وَالسِّمْسَارِ يُجْبَرَانِ عَلَىٰ التَّقَاضِي؛ لِأَنَّهُمَا يَعْمَلَانِ بِأَجْرٍ عَادَةً.

غاية البيان

كذا في «**شرح الأقطع**»[1].

والمرادُ مِن قولِه: «أحال»، أي: وَكِّلَ؛ لأن الحَوَالَةَ تُسْتعارُ للوَكَالَةِ؛ لِمَا في الوَكَالَةِ مِن معنىٰ النقلِ، وإنما يُجْبَرُ المُضَارِبُ علىٰ التقاضِي والقَبْضِ إذا كان في المالِ رِبْحٌ؛ لأن فيه نصِيبًا، فيكونُ عمِلُه عمَلَ الأُجَراءِ، والأجيرُ مجبورٌ علىٰ العملِ.

وإن لم يَكُنْ فيه فضْلٌ علىٰ رأسِ المالِ لم يُجْبَرْ علىٰ التقاضِي والقَبْضِ؛ لأن عملَه عمَلُ الوُكَلاءِ، والوَكِيلُ غيرُ مجبورٍ علىٰ قَبْضِ الثَّمَنِ، غيرَ أنه يُؤْمَرُ المُضَارِبُ أو الوَكِيلُ بأنْ يُحِيلَ [١٣/١٤٧و/د] ربَّ المالِ علىٰ الذي عليه الدَّيْنُ حتىٰ يُمْكِنَهُ قَبْضُه؛ لأن حُقُوقَ العَقْدِ راجعةٌ إلىٰ العاقدِ، فلا يَثْبُتُ للآمِرِ حقُّ القَبْضِ إلا بإحالةِ العَاقِدِ، ولو ضَمِنَ العَاقِدُ لربِّ المالِ هذا الدَّيْنَ عن الذي عليه الدَّيْنُ؛ لم يَجُزْ ضمانُه؛ لأن العَقْدَ جعَله أمينًا، فلا يَمْلِكُ أنْ يجْعَلَ نفسَه ضَمِينًا فيما جعَله العَقْدُ أمينًا.

قالوا في «**شروح الجامع الصغير**»: «وكذلك كلُّ وَكِيلٍ بالبَيْعِ لا يُجْبَرُ علىٰ الاِسْتِيفَاءِ، ويُحِيلُ المُوَكِّلَ علىٰ المُشْتَرِي؛ لأن العهدةَ علىٰ العَاقِدِ، فيُوَكِّلُه بقَبْضِ الثَّمَنِ لتَصِحَّ مطالَبتُه، فأمَّا الذي يَبِيعُ بالأجْرِ كالبَيَّاعِ والسِّمْسَارِ فلا بُدَّ بأنْ يُجْبَر علىٰ الاِسْتِيفَاءِ، ويُجْعَلَ بمنزلةِ الإِجَارَةِ الصحيحةِ لعُرْفِ الناسِ».

وذكرَ في «**شرح الأقطع**» سؤالًا يَصْلُحُ تمسُّكًا لِلشَّافعيِّ رضي الله عنه وأجابَ عنه فقال:

«فإنْ قيل: المُضَارِبُ يَجِبُ عليه ردُّ رأسِ المالِ بصفتِه، فيَجِبُ أنْ يقْبضَ الدُّيُونَ حتىٰ يَصِيرَ بصفتِه.

(١) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٣٥٢].

قَالَ: وَمَا هَلَكَ مِنْ مَالِ الْمُضَارَبَةِ فَهُوَ مِنَ الرِّبْحِ دُونَ رَأْسِ الْمَالِ؛ لِأَنَّ

قيل له: المُضَارِبُ لا يَلْزَمُهُ التَّسْلِيمُ، وإنما يَجِبُ عليه رَفْعُ يدِه عن المالِ كَالْمُودَعِ، فإذا أحالَ به فقد أزالَ يدَه عنه، فلا يَلْزَمُه أكثرُ مِن ذلك»[1].

قال في «**الفائق**»: «السَّمْسَرَةُ: البَيْعُ والشِّرَاءُ، قال[2]:

قَــدْ وَكَّلَتْنِــي طَلَّتِــي بِالسَّمْسَــرَهْ

ويُقالُ للمتوسِّطِ بينَ البائعِ والمُشْتَرِي: سِمْسَارٌ. قال الأعشى[3]:

فَعِشْــنَا زَمَانًــا وَمَــا بَيْنَنَــا ❊ [١٣/١٤٧ظ/د] رَسُــولٌ يُحَــدِّثُ أَخْبَارَهَــا

فَأَصْــبَحْتُ لَا أَسْــتَطِيعُ الْجَــوَا ❊ بَ[4] سُــوَى أَنْ أُرَاجِــعَ سِمْسَــارَهَا

يريدُ: السفيرَ بينَهما»[5].

وطَلَّةُ الرجُلِ: امرأتُه[6].

قولُه: (قَالَ: وَمَا هَلَكَ مِنْ مَالِ الْمُضَارَبَةِ فَهُوَ مِنَ الرِّبْحِ دُونَ رَأْسِ الْمَالِ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «**مختصره**»[7].

---

(١) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٣٥٢].

(٢) الراجِزُ غير منسوب في: «أدب الكاتب» لابن قتيبة [ص/٣٨٣]. و«لسان العرب» لابن منظور [١٨٧٧/٣]. وهذا صدْرُ بيتٍ وتمامُه:

قَــدْ وَكَّلَتْنِــي طَلَّتِــي بالسَّمْسَــرَهْ ❊ وأَيْقَظَتْنِــي لِطُلُــوعِ الزُّهَــرَهْ

ومُراد المؤلِّف مِن الشاهد: الاستدلال به على أن السَّمْسَرَة تأتي في اللغة بمعنى البَيْع والشِّرَاء.

(٣) في: «ديوانه» [ص/٣١٧، ٣١٨].

ومُراد المؤلِّف مِن الشاهد: الاستدلال به على أن السِّمْسَار يأتي في اللغة بمعني السَّفِير بين الرَّجُلَيْنِ.

(٤) **أي**: لا أجد الجواب. كذا جاء في حاشية: «تح»، و«م».

(٥) ينظر: «الفائق في غريب الحديث والأثر» للزمخشري [١٩٧/٢].

(٦) ينظر: «معجم ديوان الأدب» للفارَابِي [١٦/٣].

(٧) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/١١٤].

الرِّبْحَ تَابِعٌ ، وَصَرْفُ الْهَلَاكِ إِلَىٰ مَا هُوَ التَّبَعُ أَوْلَىٰ ، **كَمَا يُصْرَفُ الهَلَاكُ إِلَىٰ الْعَفْوِ فِي الزَّكَاةِ**.

غاية البيان

قال الشيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ رحمه الله في «**مختصره**»: «وإذا دفَع الرجلُ إلىٰ الرجلِ ألفَ درهمٍ مُضَارَبةً بالنصفِ ، فَرَبِحَ ألفًا ، فاقتَسما الرِّبْحَ ، ورأسُ المالِ في يدِ المُضَارِبِ لَمْ يَقْبِضْهُ ربُّ المالِ ، فهلَك الألفُ التي في يدِ المُضَارِبِ بعد قِسْمَتِهما الرِّبْحَ ، أوْ خَسِرها المُضَارِبُ ؛ فإن القِسْمَةَ الأُولىٰ لا تَصِحُّ ، وما قبَض ربُّ المالِ فهو محسوبٌ عليه مِن رأسِ مالِه ، وما قبَضه المُضَارِبُ دَيْنٌ عليه[1] يَرُدُّه حتَّىٰ يَسْتَوْفِيَ ربُّ المالِ رأسَ مالِه»[2].

قال القُدُورِيُّ في [٢/٤٣٦و] «**شرحه**»: «وذلك لِمَا رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال: «**مَثَلُ الْمُؤْمِنِ مَثَلُ التَّاجِرِ ، لَا يَسْلَمُ لَهُ رِبْحُهُ حَتَّىٰ يَسْلَمَ لَهُ رَأْسُ مَالِهِ ، كَذَلِكَ الْمُؤْمِنُ لَا تَسْلَمُ لَهُ نَوَافِلُهُ حَتَّىٰ تَسْلَمَ لَهُ عَزَائِمُهُ**»[3].

[٦/٢٢٧و/م] فهذا يَدُلُّ علىٰ أن الرِّبْحَ لا يَثْبُتُ حُكْمُه قبْلَ أنْ يتَعَيَّنَ رأسُ المالِ ، ولأن المالَ إذا بَقِيَ في يدِ المُضَارِبِ فحُكْمُ المُضَارَبَةِ بحالِه ، فلو صحَّحْنا قِسْمَةَ الرِّبْحِ لثبَتَ الرِّبْحُ قبْلَ أصْلِه ، وهذا لا يَجُوزُ.

وإذا لم تَصِحَّ القِسْمَةُ فمتىٰ هلَك ما في يدِ المُضَارِبِ صار الذي اقتسماه [١٣/١٤٨و/د] هو رأسُ المالِ ، فوَجَبَ علىٰ المُضَارِبِ أنْ يَرُدَّ منه تمامَ رأسَ المالِ».

قولُه: (كَمَا يُصْرَفُ الهَلَاكُ إِلَىٰ الْعَفْوِ فِي الزَّكَاةِ) ، يعني: عندَ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ رضي الله عنهما.

---

(١) وقع بالأصل: «دَيْن له». والمثبت من: «ن» ، و«م» ، و«تح» ، و«غ».

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٥٦].

(٣) لَمْ نظْفَر به مُسندًا بهذا اللفظ بعد النظر. وهو مذكور في: «المبسوط» للسرخسيِّ [٢٢/٢٠]. وفي «بدائع الصنائع» للكاساني [٦/١٠٧].

فَإِنْ زَادَ الْهَالِكُ عَلَى الرِّبْحِ، فَلَا ضَمَانَ عَلَى الْمُضَارِبِ؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ.

وَإِنْ كَانَا يَقْتَسِمَانِ[1] الرِّبْحَ وَالْمُضَارَبَةُ بِحَالِهَا، ثُمَّ هَلَكَ الْمَالُ كُلُّهُ أَوْ بَعْضُهُ؛ تَرَادَّا الرِّبْحَ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ رَبُّ الْمَالِ رَأْسَ الْمَالِ؛ لِأَنَّ قِسْمَةَ الرِّبْحِ لَا تَصِحُّ قَبْلَ اسْتِيفَاءِ رَأْسِ الْمَالِ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْأَصْلُ وَهَذَا بِنَاءٌ عَلَيْهِ وَتَبَعٌ لَهُ، فَإِذَا هَلَكَ مَا فِي يَدِ الْمُضَارِبِ أَمَانَةً تَبَيَّنَ أَنَّ مَا اسْتَوْفَيَاهُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ، فَيَضْمَنُ الْمُضَارِبُ مَا اسْتَوْفَاهُ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَهُ لِنَفْسِهِ، وَمَا أَخَذَهُ رَبُّ الْمَالِ مَحْسُوبٌ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ، وَإِذَا اسْتَوْفَى رَأْسَ الْمَالِ، فَإِنْ فَضَلَ شَيْءٌ كَانَ بَيْنَهُمَا لِأَنَّهُ رِبْحٌ، وَإِنْ نَقَصَ فَلَا ضَمَانَ عَلَى الْمُضَارِبِ لِمَا بَيَّنَّا.

غاية البيان

قولُه: (فَإِنْ زَادَ الْهَالِكُ عَلَى الرِّبْحِ، فَلَا ضَمَانَ عَلَى الْمُضَارِبِ)، هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصره».

وتمامُه فيه: «إنْ كان لَمْ يقْتَسِما الرِّبْحَ»[2]، وذلك لأن المُضَارِبَ أمينٌ في رأسِ المالِ، فإذا هلكَ بلا صُنْعٍ منه لا يَجِبُ عليه الضَّمَانُ كَالْمُودَعِ.

قولُه: (وَإِنْ كَانَا اقْتَسَمَا؛ الرِّبْحَ وَالْمُضَارَبَةُ بِحَالِهَا، ثُمَّ هَلَكَ الْمَالُ كُلُّهُ أَوْ بَعْضُهُ؛ تَرَادَّا الرِّبْحَ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ رَبُّ الْمَالِ رَأْسَ الْمَالِ)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصره».

وتمامُه فيه: «فإنْ فضلَ شيءٌ كان بينَهما، وإنْ عجَز عن رأسِ المالِ لم يَضْمَنِ المُضَارِبُ»[3]، وذلك لأن حُكْمَ الرِّبْحِ مُرَاعًى لا يَسْتَقِرُّ قبلَ سلامةِ رأسِ المالِ لربِّ المالِ، فإذا هلكَ رأسُ المالِ تَبْطُلُ القِسْمَةُ، فكان ما أخَذَه ربُّ المالِ مِنَ الرِّبْحِ محسوبًا مِن رأسِ المالِ، فيَرُدُّ المُضَارِبُ ما أخَذه مِن الرِّبْحِ حتَّى يَتِمَّ رأسُ المالِ.

---

(١) في حاشية الْأَصْل: «خ: اقتسما».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/١١٤].

(٣) المصدر السابق.

وَلَو اقْتَسَمَا الرِّبْحَ وَفَسَخَا الْمُضَارَبَةَ، ثُمَّ عَقَدَاهَا فَهَلَكَ الْمَالُ لَمْ يَتَرَادَّا الرِّبْحَ الْأَوَّلَ؛ لِأَنَّ الْمُضَارَبَةَ الْأُولَىٰ قَدِ انْتَهَتْ، وَالثَّانِيَةُ عَقْدٌ جَدِيدٌ، وهَلَاكُ الْمَالِ فِي الثَّانِي لَا يُوجِبُ انْتِقَاضُ الْأَوَّلِ كَمَا إِذَا دَفَعَ إِلَيْهِ مَالًا آخَرَ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

غاية البيان

فإنْ فَضَلَ مِن الرِّبْحِ شيءٌ كان بينَ ربِّ المالِ والمُضارِبِ نصْفَيْنِ، وإنْ عجَز الرِّبْحُ عن تمامِ رأسِ المالِ ـ أي: نقَصَ عنه ـ لا يَضْمَنُ المُضارِبُ شيئًا؛ لأنه أمينٌ، وهذا معنىٰ قولِه: (**لِمَا بَيَّنَّا**).

قولُه: (**وَلَوْ اقْتَسَمَا الرِّبْحَ وَفَسَخَا الْمُضَارَبَةَ، ثُمَّ عَقَدَاهَا، فَهَلَكَ الْمَالُ؛ لَمْ يَتَرَادَّا الرِّبْحَ الْأَوَّلَ**) [١٣/١٤٨ظ/د]، وهذا لفْظُ القُدُورِيِّ في «**مختصره**»[1].

وذلك لأنهما لما عقَدَا المُضَارَبَةَ بعدَ فَسْخِ المُضَارَبَةِ الأُولىٰ؛ كان ذلك مُضَارَبَةً مستقبلةً، ولَمْ تَنْتَقِضِ القِسْمَةُ بعدَ الهلاكِ؛ لأن ربَّ المالِ لَمَّا اسْتَوْفَىٰ رأسَ المالِ زالت المُضَارَبَةُ الأُولىٰ، فكان هذا عقْدًا آخرَ، فهلاكُ المالِ فيه لم يَنْقُضِ القِسْمَةَ في عَقْدِ غيرِه.

قال في قِسْمِ «**المبسوط**» مِن «**الشامل**»: «ولو رَبِحَ ألفيْنِ فأخَذ ربُّ المالِ رأسَ مالِه ألفًا، وأخَذ المُضارِبُ مِن الألفَيْنِ حِصَّتَه ألفًا، ولم يَأْخُذْ ربُّ المالِ حِصَّتَه حتىٰ هلكَ؛ رَدَّ المُضَارِبُ نِصْفَ ما أخَذ مِن الرِّبْحِ؛ لأن ربَّ المالِ ما لم يَأْخُذْ فهو علىٰ المُضَارَبَةِ، وصار كأنه لم يَكُنِ الرِّبْحُ إلا في يدِ المُضَارِبِ.

وإنْ كان ما أخَذه المُضَارِبُ هلَكَ يهْلِك مِن ماله؛ لأنه صار مُستوفيًا حقَّه، فخرجَتْ مِن المُضَارَبَة، والأصلُ: أن ما يَسْتَوْفِيه المُضَارِبُ لنفسه صار في ضمانه، والذي لَمْ يَسْتَوْفِ ربُّ المال باقٍ علىٰ حُكْمِ المُضَارَبَة».

قوله: (**فَهَلَاكُ الْمَالِ فِي الثَّانِي**)، أي: في العَقْد الثاني.

قوله: (**لَا يُوجِبُ انْتِقَاضَ الْأَوَّلِ**)، أي: انتقاضَ الاقتسامِ الأوَّلِ.

---

(١) المصدر السابق.

فَصْلٌ
فِيمَا يَفْعَلُهُ الْمُضَارِبُ

قَالَ: وَيَجُوزُ لِلْمُضَارِبِ أَنْ يَبِيعَ بِالنَّقْدِ وَالنَّسِيئَةِ؛ لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ مِنْ صَنِيعِ التُّجَّارِ فَيَنْتَظِمُهُ إِطْلَاقُ الْعَقْدِ إِلَّا إِذَا بَاعَ إِلَى أَجَلٍ لَا يَبِيعُ التُّجَّارُ إِلَيْهِ؛ ......

غاية البيان

فَصْلٌ
فِيمَا يَفْعَلُهُ الْمُضَارِبُ

[٦/٢٢٧ظ/م] وكان القياسُ ألَّا يَذْكُرَ الفصلَ هنا، بل يَنْبَغِي أنْ يُذْكَر المسائلُ المذكورةُ فيه في أوَّلِ الكتابِ عندَ قولِه: (**وَإِذَا صَحَّتِ الْمُضَارَبَةُ مُطْلَقَةً؛ جَازَ لِلْمُضَارِبِ أَنْ يَبِيعَ وَيَشْتَرِيَ، وَيُوَكِّلَ وَيُسَافِرَ** [٢/٤٣٦ظ]، **وَيُبْضِعَ وَيُودِعَ**)، إلا أنه ذكرَ الفصلَ هنا لزيادةِ الإفادةِ؛ لأنه ذكرَ هنا ما لم يَذْكُرْ ثَمَّةَ.

[١٣/١٤٩و/د] **قولُه**: (**قَالَ: وَيَجُوزُ لِلْمُضَارِبِ أَنْ يَبِيعَ بِالنَّقْدِ وَالنَّسِيئَةِ**)، أي: قال القُدُورِيُّ في «**مختصره**»(١).

قال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ رحمه الله: «وإذا دفعَ الرجلُ إلى رَجُلٍ مالًا مُضَارَبةً ولم يَقُلْ: اعمل فيه برأيِكَ فله أنْ يَشْتَرِيَ ما بدا له مِن أصنافِ التجاراتِ، ويَبِيعَ بالنقدِ والنَّسِيئَةِ؛ لأن غرَضَه حصولُ الرِّبْحِ، ولم يحْصُلْ ذلك عادةً إلا بمِلْكِه جميعَ أنواعِ التجاراتِ؛ لأنه قد يَرْبَحُ في نوعٍ منها وقد لا يَرْبَحُ، فوَجَبَ أن يَكُونَ بسبيلٍ مِن جميعِ أصنافِ التجاراتِ، ويمْلِكُ البَيْعَ بالنقدِ والنَّسِيئَةِ؛ لأنه لو كان وَكِيلًا خاصًّا ملَكَ ذلك بإطلاقِ الوَكَالَةِ، فإذا كان عامًّا أَوْلَى، وهذا لأنه عسى لا يحْصُلُ الرِّبْحُ إلا بالنسيئةِ.

وعندَ ابنِ أبي لَيْلَى: ليس له أنْ يَبِيعَه بالنسيئةِ. وقد مَرَّ ذلك عندَ قولِه: (**وَإِذَا**

---
(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/١١٤].

لِأَنَّ لَهُ الْأَمْرَ الْعَامَّ الْمَعْرُوفَ بَيْنَ النَّاسِ، وَلِهَذَا كَانَ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ دَابَّةً لِلرُّكُوبِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ سَفِينَةً لِلرُّكُوبِ، وَلَهُ أَنْ يَسْتَكْرِيَهَا؛ اعْتِبَارًا لِعَادَةِ التُّجَّارِ،

صَحَّتِ الْمُضَارَبَةُ مُطْلَقَةً).

والحاصلُ: أن المُضَارِبَ يَمْلِكُ علىٰ ربِّ المالِ ما هو تجارةٌ مِن كلِّ وَجهٍ، أوْ ما هو مِن صنيعِ التُّجَّارِ؛ بأنْ لم يَكُنْ للتُّجَّارِ منه بُدٌّ، أمَّا ما ليس بتجارةٍ مِن كلِّ وَجهٍ، أوْ هو تجارةٌ مِن وَجْهٍ دونَ وَجْهٍ، وليس ذلك مِن صنيعِ التُّجَّارِ؛ لا يَمْلِكُ المُضَارِبُ علىٰ ربِّ المالِ، وعن هذا قلنا: إن المُضَارِبَ لا يَمْلِكُ تزويجَ غُلَامِ المُضَارَبَةِ؛ لأنه ليس بتجارةٍ.

وأمَّا تزْويجُ الأَمةِ: فقد ذكَر في مُضَارَبةِ «**الأصل**»[1] ـ بروايةِ أبي حفصٍ ـ أنه ليس له ذلك في قولِ أبي حنيفةَ رضي الله عنه ومحمَّدٍ رضي الله عنه، وذكَر في «**نوادر أبي** [١٣/١٤٩ظ/د] **سليمان**» أنه ليس له ذلك في قولِ أبي حنيفةَ، ولَمْ يَذْكُرْ قولَ محمَّدٍ ولَمْ يَذْكُرْ قولَ أبي يوسفَ رضي الله عنه في «**الأصل**»، وذكرَ القُدُورِيُّ رحمه الله: المُضَارِبُ يَمْلِكُ تزْوِيجَ الأَمةِ عند أبي يوسف رحمه الله، وله أنْ يَبِيعَ بالنقدِ والنَّسِيئَةِ.

قال صاحبُ «**الهداية**» رحمه الله: (**إِلَّا إِذَا بَاعَ إِلَىٰ أَجَلٍ لَا يَبِيعُ التُّجَّارُ إِلَيْهِ**).

يعني: إذا باع المُضَارِبُ إلىٰ أَجَلٍ طويلٍ ليس مِن عادةِ التُّجَّارِ أنْ يَبِيعَ إلىٰ مِثْلِ ذلك؛ لا يَجُوزُ، كعَشْرِ سنينَ مثلًا.

والنَّسِيئَةُ ـ بالهمزِ ـ: علىٰ وَزْنِ فَعِيلةٍ، وربما تُدْغَمُ بعدَ التخفيفِ كالخَطِيئَةِ، والنَّسَاءُ ـ بالمدِّ ـ: التأخيرُ.

قولُه: (**لِأَنَّ لَهُ الْأَمْرَ الْعَامَّ الْمَعْرُوفَ بَيْنَ النَّاسِ**)، أي: المُضَارِبُ له ولايةُ الأمرِ الشائعِ المشهورِ في عُرْفِ الناسِ. يعني به: ما هو مِن صنيعِ التُّجَّارِ.

---

(١) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٤/ ٢٦١/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

وَلَهُ أَنْ يَأْذَنَ لِعَبْدِ الْمُضَارَبَةِ فِي التِّجَارَةِ فِي الرِّوَايَةِ الْمَشْهُورَةِ؛ لِأَنَّهُ مِنْ صَنِيعِ التُّجَّارِ.

وَلَوْ بَاعَ ثُمَّ أَخَّرَ الثَّمَنَ؛ جَازَ بِالْإِجْمَاعِ، أَمَّا عِنْدَهُمَا فَلِأَنَّ الْوَكِيلَ يَمْلِكُ ذَلِكَ فَالْمُضَارِبُ أَوْلَىٰ، إِلَّا أَنَّ الْمُضَارِبَ لَا يَضْمَنُ؛ لِأَنَّ لَهُ أَنْ يُقَايِلَ [١٠٠/و] ثُمَّ يَبِيعُ نَسِيئَةً، وَلَا كَذَلِكَ الْوَكِيلُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ ذَلِكَ.

غاية البيان

والدليلُ علىٰ أن له هذه الولايةَ: أنه يَشْتَرِي دَابَّةً للرُّكُوبِ والحَمْلِ، ولا يَشْتَرِي سَفِينَةً للرُّكُوبِ، ويَشْتَرِي سَفِينَةً للحَمْلِ؛ اعتبارًا بصُنْعِ التُّجَّارِ.

قال في قِسْمِ «المبسوط» مِن «الشامل»: «دفَع مُضَارَبَةً علىٰ أن يَشْتَرِيَ الطعامَ خاصَّةً، له أنْ يَسْتَأْجِرَ لنفسِه، أوْ يَشْتَرِيَ دَابَّةً للرُّكُوبِ [٢٢٨/٦و/م] والحُمولةِ؛ لأنه مما يَفْعَلُه التُّجَّارُ، ولا يَشْتَرِي سَفِينَةً يحْمِلُ فيها الطعامَ؛ لأنه ليس مِن عادةِ التُّجَّارِ، لا جَرَم في بلدٍ عادتُهم ذلك يَجُوزُ، ولو كانتِ المُضَارَبةُ عامَّةً: جاز شِرَاءُ السَّفِينَةِ أيضًا؛ لأنه وَقعَتْ عامَّةً». كذا في «الشامل».

قولُه: (وَلَهُ أَنْ يَأْذَنَ لِعَبْدِ الْمُضَارَبَةِ فِي التِّجَارَةِ فِي الرِّوَايَةِ الْمَشْهُورَةِ)، هذا إيضاحٌ أيضًا لقولِه: (لِأَنَّ لَهُ الْأَمْرَ الْعَامَّ الْمَعْرُوفَ)، عطْفًا علىٰ قولِه: (وَلِهَذَا كَانَ لَهُ [١٣/١٤٩و/د][١] أَنْ يَشْتَرِيَ دَابَّةً).

قال شمسُ الأئمَّةِ البَيْهَقِيُّ ﵀ في «الكفاية»: «في المشهورِ: يَمْلِكُ أن يأذنَ لعبْدِ المُضَارَبةِ في التِّجَارَةِ؛ لأنه مِن عادةِ التُّجَّارِ، وعن محمَّدٍ ﵀: لا يَمْلِكُ بإطلاقِه؛ لأن الإِذْنَ في التِّجَارَةِ أعمُّ مِن المُضَارَبةِ».

قولُه: (وَلَوْ بَاعَ ثُمَّ [٢/٤٣٧و] أَخَّرَ الثَّمَنَ؛ جَازَ بِالْإِجْمَاعِ)، يعني: أن المُضَارِبَ يَمْلِكُ تَأْجِيلَ ثَمَنِ المَبِيعِ بالاتِّفاقِ، وهذا علىٰ أصْلِ أبي حنيفةَ ومحمد ﵄ ظاهر؛

(١) وقع هنا اضطراب في ترتيب اللوحات، فجائت هذه الوحة في الورقة التي بعدها.

وأَمَّا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ فَلِأَنَّهُ يَمْلِكُ الْإِقَالَةَ ثُمَّ الْبَيْعَ بِالنَّسَاءِ. بِخِلَافِ الْوَكِيلِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْإِقَالَةَ.

وَلَوِ احْتَالَ بِالثَّمَنِ عَلَى الْأَيْسَرِ أَوْ عَلَى الْأَعْسَرِ؛ جَازَ؛ لِأَنَّ الْحِوَالَةَ مِنْ عَادَةِ التُّجَّارِ، بِخِلَافِ الْوَصِيِّ يَحْتَالُ بِمَالِ الْيَتِيمِ حَيْثُ يُعْتَبَرُ فِيهِ الْأَنْظَرَ، لِأَنَّ

غاية البيان

لأن الوَكِيل بالبَيْعِ يَمْلِكُ ذلك، فالمضارِبُ أَوْلَى؛ لأن ولايةَ المُضَارِبِ أعمُّ؛ لأنه يَصِيرُ شريكًا في الرِّبْحِ دونَ الوَكِيلِ.

وأَمَّا أبو يوسفَ ﵁: يَجُوزُ عندَه تَأْجِيلُ المُضَارِبِ دونَ الوَكِيلِ؛ لأن المُضَارِبَ يَمْلِكُ أنْ يَشْتَرِيَ السِّلْعَةَ، ثم يَبِيعَها بنَسَاءٍ، فملَكَ التأخيرَ، وهذا لأنه يَمْلِكُ الإِقَالَةَ، فإذا ملَكَ الإِقَالَةَ؛ كان له أنْ يُؤَجِّلَ، فكأنه باع بنسيئةٍ ابتداءً، والوَكِيلُ لا يَمْلِكُ الإِقَالَةَ، فلا يَمْلِكُ التَّأْجِيلَ.

قال في «تجريد المحيط»: «وإنْ باع شيئًا مِن مالِ المُضَارَبةِ وأَخَّرَ الثَّمَنَ؛ جاز على ربِّ المالِ، ولا يَضْمَنُ المُضَارِبُ شيئًا، بخلافِ الوَكِيلِ الخاصِّ في هذا، ولو لم يُؤَخِّرْ، ولكن حطَّ بعضَ الثَّمَنِ، فإنْ كان ذلك بعَيْبٍ طعنَ فيه المُشْتَرِي: فإنْ كان حصَّةُ العَيْبِ مِن الثمنِ مِثْلَ ما حَطَّ أوْ أكثرَ، بحيثُ يُتَغَابَنُ في مِثْلِه جاز.

وإنْ كان ما حَطَّ أكثرَ مِن حِصَّةِ العَيْبِ، بحيثُ لا يتَغَابَنُ الناسُ فيه؛ يَصِحُّ عندَ أبي حَنيفةَ ومحمد ﵄، ويَضْمَن ذلك مِن مالِه لربِّ المالِ، وكان رأسُ مالِه مِن ذلك ما بَقِيَ على المُشْتَرِي [١٣/١٥١ظ/د]، وما حَطَّ المُضَارِبُ لَمْ يُبْقِ رأسَ المالِ.

قولُه: (**وَلَوِ احْتَالَ بِالثَّمَنِ عَلَى الْأَيْسَرِ أَوْ عَلَى الْأَعْسَرِ؛ جَازَ**)، وهذا أيضًا مذكورٌ بسبيلِ الإيضاحِ.

يعني: لو قَبِلَ المُضَارِبُ الحَوَالَةَ مِن المُشْتَرِي بالثَّمَنِ على غيرِ المُشْتَرِي؛ جاز وإنْ كان المُحتالُ عليه أعسرَ مِن المُشْتَرِي؛ لأن ذلك مِن صنيعِ التُّجَّارِ؛ لأن

تَصَرُّفُهُ مُقَيَّدٌ بِشَرْطِ النَّظَرِ، **وَالْأَصْلُ: أَنَّ مَا يَفْعَلُهُ ثَلَاثَةُ أَنْوَاعٍ:**

نَوْعٌ يَمْلِكُهُ بِمُطْلَقِ الْمُضَارَبَةِ وَهُوَ مَا يَكُونُ مِنْ بَابِ الْمُضَارَبَةِ وَتَوَابِعِهَا **وَهُوَ مَا ذَكَرْنَا**، وَمِنْ جُمْلَتِهِ التَّوْكِيلُ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ؛ لِلْحَاجَةِ إِلَيْهِ وَالرَّهْنُ وَالِارْتِهَانُ؛ لِأَنَّهُ إِيفَاءٌ وَاسْتِيفَاءٌ، وَالْإِجَارَةُ وَالِاسْتِئْجَارُ، وَالْإِيدَاعُ وَالْإِبْضَاعُ وَالْمُسَافَرَةُ **عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ**.

وَنَوْعٌ لَا يَمْلِكُهُ بِمُطْلَقِ الْعَقْدِ، وَيَمْلِكُهُ إِذَا قِيلَ لَهُ: اعْمَلْ بِرَأْيِكَ، وَهُوَ مَا يَحْتَمِلُ أَنْ يَلْحَقَ بِهِ فَيَلْحَقَ عِنْدَ وُجُودِ الدِّلَالَةِ، وَذَلِكَ مِثْلُ دَفْعِ الْمَالِ مُضَارَبَةً أَوْ شَرِكَةً إِلَىٰ غَيْرِهِ، وَخَلْطِ مَالِ الْمُضَارَبَةِ بِمَالِهِ أَوْ بِمَالِ غَيْرِهِ؛ لِأَنَّ رَبَّ الْمَالِ رَضِيَ بِشَرِكَتِهِ لَا بَشَرِكَةِ غَيْرِهِ، وَهُوَ أَمْرٌ عَارِضٌ لَا يَتَوَقَّفُ عَلَيْهِ التِّجَارَةُ، فَلَا يَدْخُلُ تَحْتَ مُطْلَقِ الْعَقْدِ، وَلَكِنَّهُ جِهَةٌ فِي التَّثْمِيرِ، فَمِنْ هَذَا الْوَجْهِ يُوَافِقُهُ فَيَدْخُلُ فِيهِ عِنْدَ وُجُودِ الدِّلَالَةِ.

غاية البيان

له أنْ يُقابلَ البَيْعَ معَ الأوَّلِ، ثم يَبِيعُ مِن الأعسرِ، بخلافِ الوَصِيِّ يقْبَلُ الحَوالَةَ مِن مُشْتَرِي مالِ اليتيمِ علىٰ أعسَرَ منه، حيثُ لا يَجُوزُ؛ لأن ولايتَهُ نظَرِيَّةٌ، وليس في ذلك نَظَرٌ.

قولُه: (وَالْأَصْلُ: أَنَّ مَا يَفْعَلُهُ ثَلَاثَةُ أَنْوَاعٍ)، أي: الأصلُ فيما يَجُوزُ للمُضَارِبِ أنْ يَفْعَلَهُ وما لا يَجُوزُ، وقد أمضَيْنا بيانَ ذلك عندَ قولِه: **(وَإِذَا صَحَّتِ الْمُضَارَبَةُ مُطْلَقَةً؛ جَازَ لِلْمُضَارِبِ أَنْ يَبِيعَ وَيَشْتَرِيَ)**.

قولُه: (وَهُوَ مَا ذَكَرْنَا)، إِشَارَةٌ إلىٰ البَيْعِ بالنقدِ والنَّسِيئَةِ والإذْنِ لعبْدِ المُضَارَبَةِ، وتأخيرِ الثَّمَنِ، والاحتيالِ بالثَّمَنِ، وكلُّ ذلك يَجُوزُ للمُضَارِبِ.

قولُه: (عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ)، إِشَارَةٌ [٦/٢٢٨ظ/م] إلىٰ ما ذكرَ في أوَّلِ كتابِ

وَقَوْلُهُ: اعْمَلْ بِرَأْيِكَ دِلَالَةٌ عَلَىٰ ذَلِكَ.

وَنَوْعٌ لَا يَمْلِكُهُ[1] إِلَّا أَنْ يَنُصَّ عَلَيْهِ رَبُّ الْمَالِ وَهُوَ الِاسْتِدَانَةُ، **وَهُوَ أَنْ يَشْتَرِيَ بِالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ بَعْدَمَا اشْتَرَىٰ بِرَأْسِ الْمَالِ السِّلْعَةَ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ**؛

غاية البيان

المُضَارَبةِ بقولِه: **(وَإِذَا صَحَّتِ الْمُضَارَبَةُ مُطْلَقَةً؛ جَازَ لِلْمُضَارِبِ أَنْ يَبِيعَ، وَيَشْتَرِيَ، وَيُوَكِّلَ، وَيُسَافِرَ، وَيُبْضِعَ، وَيُودِعَ)**.

قولُه: (وَهُوَ أَنْ يَشْتَرِيَ بِالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ بَعْدَمَا اشْتَرَىٰ بِرَأْسِ الْمَالِ السِّلْعَةَ)، أي: الِاسْتِدَانَةَ. أي: يَشْتَرِي بالدراهمِ والدنانيرِ بعدَما اشْتَرَىٰ برأسِ المالِ، وتذْكيرُ الضميرِ: لتذْكيرِ الخبرِ.

قال في «شرح الطَّحَاوِيِّ»: «ولوِ اشْتَرَىٰ سِلْعَةً بثَمَنٍ دَيْنٍ، وليس عندَه مِن مالِ المُضَارَبةِ مِن جنسِ ذلك الثَّمَنِ الذي اشْتَرَىٰ به؛ فيَكُونُ اسْتِدَانَةً، ولوِ اشْتَرَىٰ سِلْعَةً في حالِ قيامِ رأسِ المالِ بثَمَنٍ دَيْنٍ مِن جنسِ رأسِ مالِه، أوْ مِن خلافِه بعْدَ أن يَكُونَ مما يَجُوزُ عليه عَقْدُ المُضَارَبةِ؛ جاز الشِّرَاءُ علىٰ المُضَارَبةِ، ولا يَكُونُ اسْتِدَانَةً»[2].

وقال زُفَرُ رحمه الله: إذا اشْتَرَىٰ بخلافِه يَكُونُ اسْتِدَانَةً.

قولُه: (وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ)، أي: مِن أنواعِ الِاسْتِدَانَةِ، كما إذا اشْتَرَىٰ سِلْعَةً بأكثَرَ مِن مالِ المُضَارَبةِ ـ وهو الألفُ مثلًا ـ كانت حِصَّةُ الألفِ للمُضَارَبةِ، وحصَّتُه ما زاد علىٰ الألفِ للمُضَارِبِ خاصَّةً؛ له رِبْحُه وعليه وَضِيعَتُه؛ لأن الِاسْتِدَانَةَ نَفَذَتْ عليه خاصَّةً.

وَلَا يُقَالُ: هذا يُؤَدِّي إلىٰ خَلْطِ مالِ المُضَارَبةِ بمالِه، وذلك لأن هذا خلْطٌ مِن

(١) زاد بعده في (ط): «بمُطْلَقِ الْعَقْدِ وَلَا بقوله اعمل برأيك».

(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق/٢٨٢].

لِأَنَّهُ يَصِيرُ الْمَالُ زَائِدًا عَلَىٰ مَا انْعَقَدَ عَلَيْهِ الْمُضَارَبَةُ، وَلَا يَرْضَىٰ بِهِ وَلَا بِشَغْلِ ذِمَّتِهِ بِالدَّيْنِ.

وَلَوْ أَذِنَ لَهُ رَبُّ الْمَالِ فِي الِاسْتِدَانَةِ؛ صَارَ الْمُشْتَرَىٰ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ،

غاية البيان

طريقِ الحُكْمِ، فلا يُوجِبُ [٤٣٧/٢ظ] الضَّمانَ، كما لو اشْتَرَىٰ نِصْفَ عبْدٍ، ثم باعه هو، والبَائعُ لم يَضْمَنْ باختلاطِ الثَّمَنِ، فإن كان لو خلَطَ المالَ ابتداءً؛ لم يَجُزْ.

[و][1] **مِن جملةِ الِاسْتِدَانَةِ**: ما إذا كان رأسُ المالِ ألفَ درهمٍ، فاشْتَرَىٰ بما يُكَالُ أو يُوزَنُ أَوْ يُعَدُّ، أوِ اشْتَرَىٰ بثوبٍ موصوفٍ إلىٰ أَجَلٍ؛ لأن الشِّرَاءَ بغيرِ الأَثْمَانِ اسْتِدَانَةٌ علىٰ المالِ، أَلَا تَرَىٰ أنه ليس في يدِه مِن مالِ المُضَارَبةِ ما يُؤَدِّيه.

فأَمَّا إذا كان في يدِه دراهمُ، فاشْتَرَىٰ بدنانيرَ، أَوْ كان في يدِه دنانيرُ، فاشْتَرَىٰ بدراهمَ: فالقياسُ: أَلَّا يَجُوزَ، وهو قولُ زُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأنه اشْتَرَىٰ بجنسٍ ليس في يدِه، كما لوِ اشْتَرَىٰ بالعُروضِ، وإنما استحسَنُوا فقالوا: يَجُوزُ ذلك؛ لأن الدراهمَ والدنانيرَ قد أُجْرِيَا عندَ التُّجَّارِ مَجْرَىٰ الجنسِ الواحدِ.

أَلَا تَرىٰ أنهما أَثْمَانٌ، وبهما يُقْضَىٰ في النفقاتِ، والأُرُوشِ، وقِيَمِ المُتْلَفاتِ، ولا يتَعَذَّرُ نَقْلُ كُلٍّ واحدٍ منهما إلىٰ الآخرِ، فكأنه اشْتَرَىٰ بجنسٍ هو في يدِه.

وأَمَّا الفُلُوسُ: فالقياسُ فيها ما ذَكَرْنا، والاستحسانُ: أن تَكُونَ كالدراهمِ علىٰ قولِ مَن جَوَّز المُضَارَبةَ بعَيْنِها؛ لأنها ثَمَنٌ كسائرِ الأَثْمَانِ.

وعلىٰ قولِ أبي يوسفَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: لا تَجُوزُ المُضَارَبَةُ بها كالعُرُوضِ، فلا يَجُوزُ الشِّرَاءُ بها إذا لم تَكُنْ في يدِه[2]. كذا ذكَر القُدُورِيُّ في «**شرح مختصر الكَرْخِيِّ**».

قولُه: (**وَلَوْ أَذِنَ لَهُ رَبُّ الْمَالِ فِي الِاسْتِدَانَةِ؛ صَارَ الْمُشْتَرَىٰ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ،**

---

(١) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/١٠٨].

بِمَنْزِلَةِ شَرِكَةِ الْوُجُوهِ وَأَخْذُ السَّفَاتِجِ ؛ لِأَنَّهُ نَوْعٌ مِنَ الِاسْتِدَانَةِ ، وَكَذَا إِعْطَاؤُهَا ؛ لِأَنَّهُ إِقْرَاضٌ وَالْعِتْقُ بِمَالٍ وَبِغَيْرِ مَالٍ وَالْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِتِجَارَةٍ وَالْإِقْرَاضِ وَالْهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ مَحْضٌ.

قَالَ: وَلَا يُزَوِّجُ عَبْدًا وَلَا أَمَةً مِنْ مَالِ الْمُضَارَبَةِ.

غاية البيان

بِمَنْزِلَةِ شَرِكَةِ الْوُجُوهِ).

وذلك لأن المُشْتَرَىٰ بالدَّيْنِ لا يَجُوزُ أن يَكُونَ مُضَارَبَةً ؛ لأنها لا تَصِحُّ إلَّا في مالٍ عينٍ ، وإذا لم تَكُنْ مُضَارَبَةً لَمْ يَبْقَ إلا أن يَكُونَ بينَهُما شركةُ وُجوهٍ ، وإطلاقُ الشَّرِكَةِ يَقْتَضِي التساوِي ، فلهذا كان بينَهما [٦/٢٢٩و/م] نصْفَيْنِ ، وقد مَرَّ ذلك في أوائلِ كتابِ المُضَارَبةِ.

قولُه: (وَأَخْذُ السَّفَاتِجِ) ، عطْفٌ علىٰ قولِه: **(وَهُوَ الِاسْتِدَانَةُ)** ، أي: النوعُ الذي لا يَمْلِكُ المُضَارِبُ بدونِ التنصيصِ عليه هو الِاسْتِدَانَةُ ، وأخْذُ السَّفَاتِجِ ؛ لأن ذلك اسْتِدَانَةٌ ، وكذا إعطاءُ السَّفَاتجِ ؛ لأنه إقراضٌ ، والمُضَارِبُ لا يَمْلِكُ الِاسْتِدَانَةَ ، والإِقْرَاضَ ، والعِتْقَ ، والهِبَةَ ، والصَّدَقَةَ ؛ لأنها تَبَرُّعٌ محضٌ ليس مِن صنيعِ التُّجَّارِ.

والسَّفَاتِجُ: عبارةٌ عن قَرْضٍ يُستفادُ به سقوطُ خَطرِ الطريقِ ، مَرَّ ذلك في آخرِ كتابِ الحَوَالَةِ ، واللهُ تَعالىٰ أعلمُ.

قولُه: (قَالَ: وَلَا يُزَوِّجُ عَبْدًا وَلَا أَمَةً مِنْ مَالِ الْمُضَارَبَةِ) ، أي: قال القُدُورِيُّ رحمه الله في **«مختصره»**[1].

قال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ رحمه الله في **«شرح الكافي»** في بابِ ما يَجُوزُ للمُضَارِبِ أنْ يَفْعَلَهُ وما لا يَجُوزُ له: فإذا اشْتَرَىٰ المضارِبُ بألفِ المُضَارَبةِ

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١١٤].

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُزَوِّجُ الْأَمَةَ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ بَابِ الِاكْتِسَابِ ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ يَسْتَفِيدُ [١٠٠/ظ] بِهِ الْمَهْرَ وَسُقُوطَ النَّفَقَةِ.

وَلَهُمَا: أَنَّهُ لَيْسَ بِتِجَارَةٍ، وَالْعَقْدُ لَا يَتَضَمَّنُ إِلَّا التَّوْكِيلَ بِالتِّجَارَةِ، وَصَارَ كَالْكِتَابَةِ وَالْإِعْتَاقِ عَلَىٰ مَالٍ ؛ فَإِنَّهُ اكْتِسَابٌ، وَلَكِنْ لِمَا لَمْ يَكُنْ تِجَارَةً لَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْمُضَارَبَةِ كَذَا هَذَا.

فَإِنْ دَفَعَ شَيْئًا مِنْ مَالِ الْمُضَارَبَةِ إِلَىٰ رَبِّ الْمَالِ بِضَاعَةً، فَاشْتَرَىٰ رَبُّ الْمَالِ وَبَاعَ فَهُوَ عَلَى الْمُضَارَبَةِ.

غاية البيان

عبدًا أَوْ أَمةً ؛ لم يَكُنْ له أَنْ يُزَوِّجَ واحدًا منهما في قولِ أبي حنيفةَ ومحمَّدٍ، وقال أبو يوسفَ: يُزَوِّجُ الأَمَةَ ؛ لأنه فوَّضَ إليه التِّجارةَ، وهذا لا يُعَدُّ في العُرْفِ تجارةً، وأبو يوسفَ رحمه الله يَقُولُ: هذا في معنى التِّجَارةِ ؛ لأنه تحصيلُ شيءٍ مِن المالِ لنفسِه، ولرِبِّ المالِ مِن غيرِ أَنْ يُفَوِّتَ عليه مالًا.

وإذا جاز التحصيلُ بتفويتِ شيءٍ ؛ فلأَنْ يَجُوزُ بدونِ التفويتِ أَوْلَىٰ وأَحْرَىٰ، وهما يَقُولان: بأن المُضَارِبَ يتصَرَّفُ بحُكْمِ التفويتِ، والتفويضُ تناوَل التِّجَارَةَ، وهذا ليس بتجارةٍ، والأصلُ عدمُ الولايةِ، فلا يَثْبُتُ إلا بدليلٍ، ولهذا لم يَكُنْ له أَنْ يُكاتِبَ ويُعْتِقَ على مالٍ ؛ لأن ذلك ليس بتجارةٍ».

قولُه: (**فَإِنْ دَفَعَ شَيْئًا**[1] **مِنْ مَالِ الْمُضَارَبَةِ إِلَىٰ رَبِّ الْمَالِ بِضَاعَةً، فَاشْتَرَىٰ رَبُّ الْمَالِ وَبَاعَ فَهُوَ عَلَى الْمُضَارَبَةِ**)، وهذه من مسائلِ «**الجامع الصغير**».

وصورتُها فيه [٢/٤٣٨و]: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفةَ رضي الله عنهم: فيمَنْ دَفَعَ إلىٰ آخرَ ألفَ درهمٍ مُضَارَبَةً بالنصفِ، فدفَع المُضَارِبُ بعضَها إلىٰ ربِّ المالِ

(١) وقع بالأصل: «شيء». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

وَقَالَ زُفَرُ رَحِمَهُ اللَّهُ: تَفْسَدُ الْمُضَارَبَةُ؛ لِأَنَّ رَبَّ الْمَالِ مُتَصَرِّفٌ فِي مَالِ نَفْسِهِ، فَلَا يَصْلُحُ وَكِيلًا فِيهِ فَيَصِيرُ مُسْتَرِدًّا، وَلِهَذَا لَا تَصِحُّ إِذَا شَرَطَ الْعَمَلَ عَلَيْهِ ابْتِدَاءً.

غاية البيان

بضاعةً، فباع ربُّ المالِ بها واشْتَرَىٰ، قال: هي مُضَارَبةٌ علىٰ حالِها»[1]. إلىٰ هنا لَفْظُ محمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وعندَ زُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ: تَفْسُدُ المُضَارَبةُ؛ لأنه يَكُونُ متصرِّفًا في مِلْكِ نفسِه لنفسِه، فيَكُونُ مُسْتَرِدًّا.

ولنا: أن التخْليةَ التي هي شرْطُ صحَّةِ المُضَارَبةِ قد حَصَلَتْ، وصار التصَرُّفُ حقًّا للمُضَارِبِ، وصار ربُّ المالِ في حقِّ التصَرُّفِ كالأجنبيِّ، فإذا أبضَعه ربُّ المالِ؛ صار كأنه وَكَّلَ أجنبيًّا في التصَرُّفِ فصحَّ، فلَمَّا صحَّ توكيلًا لم يَكُنْ أخْذُ ربِّ المالِ استردادًا، فلَمْ تَنْتَقِضِ المُضَارَبةُ، وكانت علىٰ حالِها حتىٰ لو أخَذه ربُّ المالِ بغيرِ رضاه وعَمِل فيه؛ انتقضَتِ المُضَارَبةُ، بخلافِ ما إذا اشْتُرِطَ العملُ علىٰ ربِّ المالِ ابتداءً، فإنه لا يَصِحُّ لعدمِ شرْطِ العَقْدِ، وهو التخْليةُ؛ لأن شَرْطَ العملِ علىٰ ربِّ المالِ يَمْنَعُ التخْليةَ.

وبخلافِ ما إذا دفَع المُضَارِبُ إلىٰ ربِّ المال مُضَارَبةً بالنصفِ، حيثُ لا تَصِحُّ المُضَارَبةُ الثانيةُ؛ لأن المُضَارَبةَ [٦/٢٢٩ظ/م] عَقْدُ شركةٍ، بأنْ يَكُونَ المالُ مِن الدافعِ، والعملُ مِن المُضَارِبِ، والرِّبْحُ علىٰ الشَّرِكَةِ، ولا مال هنا للمُضَارِبِ، فلو جاز معَ ذلك يَلْزَمُ قلْبُ الموضوعِ، وذلك لا يَجُوزُ.

فإذا لم تَصِحَّ المُضَارَبةُ الثانيةُ؛ بَقِيَ عمَلُ ربِّ المالِ بأمْرِ المُضَارِبِ علىٰ أنه وَكِيلٌ عن المُضَارِبِ في التصَرُّفِ، فلَمْ تَبْطُلْ المُضَارَبةُ الأُولىٰ.

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٢٧].

وَلَنَا: أَنَّ التَّخْلِيَةَ فِيهِ قَدْ تَمَّتْ وَصَارَ التَّصَرُّفُ حَقًّا لِلْمُضَارِبِ فَيَصْلُحُ رَبُّ الْمَالِ وَكِيلًا عَنْهُ فِي التَّصَرُّفِ وَالْإِبْضَاعِ، تَوْكِيلٌ مِنْهُ فَلَا يَكُونُ اسْتِرْدَادًا، بِخِلَافِ شَرْطِ الْعَمَلِ عَلَيْهِ فِي الِابْتِدَاءِ؛ لِأَنَّهُ يَمْنَعُ التَّخْلِيَةَ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا دَفَعَ الْمَالَ إِلَىٰ رَبِّ الْمَالِ مُضَارَبَةً حَيْثُ لَا يَصِحُّ؛ لِأَنَّ الْمُضَارَبَةَ تَنْعَقِدُ شَرِكَةً عَلَىٰ مَالِ رَبِّ الْمَالِ وَعَمَلِ الْمُضَارِبِ **وَلَا مَالَ هُنَا**، فَلَوْ جَوَّزْنَاهُ يُؤَدِّي إِلَىٰ قَلْبِ الْمَوْضُوعِ، وَإِذَا لَمْ تَصِحَّ بَقِيَ عَمَلُ رَبِّ الْمَالِ بِأَمْرِ الْمُضَارِبِ فَلَا يَبْطُلُ بِهِ الْمُضَارَبَةُ الْأُولَىٰ.

قَالَ: وَإِذَا عَمِلَ الْمُضَارِبُ فِي الْمِصْرِ؛ فَلَيْسَتْ نَفَقَتُهُ فِي الْمَالِ، وَإِنْ سَافَرَ فَطَعَامُهُ وَشَرَابُهُ وَرُكُوبُهُ وَكُسْوَتُهُ، وَمَعْنَاهُ شِرَاءٌ أَوْ كِرَاءٌ فِي الْمَالِ.

غاية البيان

فَإِنْ قُلْتَ: كيفَ يَصِحُّ إضافةُ الإبْضَاعِ إلىٰ المُضَارِبِ، وإنما يَصِحُّ ذلك إذا كانت البِضَاعَةُ لِلْمُبْضِعِ، ولا مالَ للمُضَارِبِ؟

قُلْتُ: ليس بشَرْطٍ أن تَكُونَ البِضَاعَةُ مِلْكًا لِلْمُبْضِعِ؛ لأن تفسيرَ الإبْضَاعِ: الاستعانةُ بالغيرِ في التصَرُّفِ، وربُّ المالِ يَصْلُح مُعِينًا له فيه، والاستعانةُ بالأجنبيِّ جائزةٌ، فَرَبُّ المالِ أَوْلَىٰ؛ لأن شفقتَه في مالِه أكثرُ.

قولُه: (**وَلَا مَالَ هُنَا**)، أي: لا مالَ للمُضَارِبِ فيما إذا دفَع ربُّ المال مُضَارَبةً؛ لأنه ليس بمالكٍ لرأسِ المالِ.

قولُه: (**قَالَ: وَإِذَا عَمِلَ الْمُضَارِبُ فِي الْمِصْرِ؛ فَلَيْسَتْ نَفَقَتُهُ فِي الْمَالِ**)، أي: قال في «**الجامع الصغير**».

ولفْظُ محمَّدٍ رضي الله عنه [فيه][1]: «عن يعقوبَ عن أبي حنيفةَ رضي الله عنهم: في رَجُل دفعَ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

....

غاية البيان

إلىٰ رَجُلٍ ألفَ درهمٍ مُضَارَبةً ، فعمِلَ بها في المِصْرِ ، قال: لا تَكُونُ نفقتُه منها ، فإنْ سافَر بها: أنفق منها في طعامِه ، وشرابِه ، وكسْوتِه ، ورُكوبِه ، فأمَّا دواؤُه: فمِنْ مالِه ، فإذا رَبح أخَذَ صاحبُ المالِ ما أنفقَ مِن رأسِ مالِه»[1]. إلىٰ هنا لفْظُ محمَّدٍ رحمه الله في أصلِ «**الجامع الصغير**».

وذلك لأنَّ مالَ المُضَاربةِ لرَبِّ المالِ ، فلا يَجُوزُ للمُضَارِبِ أنْ يُنْفِقَ مِن مالِ غيرِه بغيرِ رضاه ؛ لأن اللهَ تَعالىٰ قال: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [النساء: ٢٩].

ورُوِيَ عَنْ رَسُولِ اللهِ ﷺ أنه قال: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطِيبٍ مِنْ نَفْسِهِ»[2].

وهذا بخلافِ ما إذا سافَر ، فإنَّ نفقتَه في مالِ المُضَارَبةِ استحسانًا ، وكان القياسُ: ألَّا تَكُونَ فيه ؛ للمعنىٰ الذي قُلنا ؛ لأن العادةَ جرَتْ بينَ الناسِ أنهم يُنْفِقون مِن مالِ المُضَارَبةِ إذا سافَروا بها ، فكانتِ العادةُ كالإذْنِ دَلالةً ، وإنْ لم يُوجَدْ صريحًا ، وهذا المعنىٰ غيرُ مَوْجُودٍ في المِصْرِ.

ولأن النفقةَ جزاءُ الاحتباسِ ؛ كنفقةِ القاضي والمُفْتِي في بيتِ المالِ ونفقةِ المرأةِ ، فما دام المُضَارِبُ في مِصْرِه ؛ فإنه ساكنٌ بالسُّكْنىٰ الأصْليَّةِ ، لا لأجْلِ المالِ ، فلا تَجِبُ نفقتُه فيه ، بخلافِ ما إذا سافَر.

قال الفقيهُ أبو الليثِ رحمه الله في «شرح الجامع الصغير»: «وقد جرَتِ العادةُ في

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٢٣ ـ ٤٢٤].

(٢) أخرجه: أحمد في «المسند» [٧٢/٥] ، والدارقطني في «سننه» [٢٦/٣] ، وأبو يعلىٰ في «مسنده» [١٤٠/٣] ، والبيهقي في «السنن الكبرىٰ» [١٠٠/٦] ، من حديث أَبِي حرَّةَ الرَّقَاشِيِّ ، عَنْ عَمِّهِ رضي الله عنه به.

....

بلادِنا: أنهم يَأْكُلُون [٢/٤٣٨ظ] بالنهارِ مِن مالِ المُضَارَبةِ إذا كانوا في الأسواقِ، فصارتِ العادةُ الجَارِيةُ بمنزلةِ الإذْنِ، وإذا أَكَل المُضَارِبُ وهو في المِصْرِ، أو الشَّرِيكُ بالنهارِ مِن غيرِ إسرافٍ؛ فلا بأسَ بذلك، ولا حرَج عليه إن شاء اللهُ تَعَالىٰ.

ثم إذا ثَبَتَ أن المُضَارِبَ يَجُوزُ له أنْ يُنْفِقَ في السفرِ؛ صار مأذونًا في الطعامِ والكسْوةِ والرُّكُوبِ.

وأَمَّا الدواءُ والحِجَامةُ ونحوُ ذلك: فليس له ذلك؛ لأن النفقةَ المعروفةَ للطعامِ والكسْوةِ، أَلَا ترىٰ [٦/٢٣٠و/م] أن القاضيَ يَقْضِي بنفقةِ الزوجةِ بالطعامِ والكسوةِ، ولا يَقْضِي بالدواءِ والحِجَامةِ، فكذلك ههنا، إلا أن يَكُونَ في موضعٍ جرَتِ العادةُ في ذلك.

وذكرَ عن الحسنِ بنِ زيادٍ رحمه الله **أنه كان يَقُولُ**: يَجُوزُ له أنْ يُنْفِقَ في الحِجَامةِ، وحَلْقِ الشعْرِ، ونحوِ ذلك».

قال الفقيهُ: «ومعنىٰ هذا إذا كان في موضعٍ جرَتِ العادةُ في ذلك».

وقال فخرُ الإسلامِ رحمه الله: «فإنْ كان خروجُه دونَ السفرِ، نظَرْنا فيه: فإنْ كان يغْدُو ثم يَرُوحُ ويَبِيتُ في منزلِه؛ فليس بخارجٍ، وإنما هو بمنزلةِ أهلِ المِصْرِ؛ لأن أهلَ المِصْرِ يتَّجِرون في السُّوقِ، ثم يَبِيتون في منازِلهم، فلا نفقةَ له، وإنْ كان لا يَبِيت بأهْلِه: كانت نفقتُه في المُضَارَبةِ؛ لأن خروجَه قد صار للمُضَارَبةِ ههنا، فلَمْ يَصِرِ السفرُ شرطًا، فالنفقةُ: هي ما يُصْرَفُ إلىٰ الحاجةِ الدارَّةِ الراتبةِ، وهي في الطعامِ والشرابِ والكسْوةِ.

وأَمَّا الدواءُ: فإنه مِن العَوارِضِ، فلا يَدْخُلُ في النفقةِ، أَلَا تَرىٰ أن نفقةَ المرأةِ علىٰ الزَّوجِ، ودواؤُها في مالِها، ونفقةُ الرَّهْنِ علىٰ الرَّاهِنِ، ودواؤُه علىٰ المُرْتَهنِ.

وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ النَّفَقَةَ تَجِبُ بِإِزَاءِ الِاحْتِبَاسِ كَنَفَقَةِ الْقَاضِي وَنَفَقَةِ الْمَرْأَةِ، وَالْمُضَارِبِ فِي الْمِصْرِ سَاكِنٌ بِالسُّكْنَىٰ الْأَصْلِيِّ، وَإِذَا سَافَرَ صَارَ مَحْبُوسًا بِالْمُضَارَبَةِ فَيَسْتَحِقُّ النَّفَقَةَ فِيهِ، وَهَذَا بِخِلَافِ الْأَجِيرِ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّ الْبَدَلَ لَا مَحَالَةَ فَلَا يَتَضَرَّرُ بِالْإِنْفَاقِ مِنْ مَالِهِ، أَمَّا الْمُضَارِبُ فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا الرِّبْحُ وَهُوَ فِي

فإذا رَبِحَ المُضَارِبُ أَخَذَ ربُّ المالِ تمامَ رأسِ مالِه؛ لأن قِسْمَةَ الرِّبْحِ إنما شُرِعَتْ بعدَ تسليمِ رأسِ المالِ».

وقال في «شرح الأقطع»: «قال الشَّافعيُّ ﷺ في أحدِ قولَيْه: إنه لا يُنْفِقُ مِن المُضَارَبةِ في السفرِ أيضًا[1]، وهذا لا يَصِحُّ؛ لأنها مَؤْنةٌ تَلْزَمُ لسفرِ المُضَارَبةِ، فوجَب أن يَكُونَ فيها، أَصْلُه: حَمْلُ المَتَاعِ.

فإنْ قيل: رَضِيَ بنصيبِه مِن الرِّبْحِ؛ فلا يَسْتَحِقُّ الزِّيَادَةَ عليه مِن غيرِ شرْطٍ.

قيل له: النفقةُ ليست بمُسْتَحَقَّةٍ له، لكنها مِن مُؤَنِ المالِ؛ كأجْرِ الأجيرِ للعملِ في المالِ، وأُجْرَةِ الحَمَّالِ»[2].

وقال في «شرح الطَّحَاوِيِّ»: «ولو خرَج إلىٰ السفرِ بمالِه ومالِ المُضَارَبةِ جميعًا؛ كانتِ النفقةُ علىٰ قَدْرِ المالَيْنِ بالحِصَصِ»[3].

قولُه: (فِي الْمَالِ)، أي: في مالِ المُضَارَبةِ.

قولُه: (وَوَجْهُ الْفَرْقِ)، أي: بينَما إذا عَمِلَ في المِصْرِ، حيثُ لا نفقةَ له في مالِ المُضَارَبةِ، وبينَما إذا عَمِلَ في السفرِ، حيثُ تَجِبُ نفقتُه في المالِ.

---

(١) وهذا القول هو أظهر القولَيْن في مذهب الشافعي. ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٣١٧/١٧]. و«روضة الطالبين» للنووي [١٣٥/٥]، و«النجم الوهاج في شرح المنهاج» للدَّمِيري [٢٧٧/٥].

(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٢٥٤].

(٣) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق/٢٨٣].

حَيِّزِ التَّرَدُّدِ، فَلَوْ أَنْفَقَ مِنْ مَالِهِ يَتَضَرَّرُ بِهِ، وَبِخِلَافِ الْمُضَارَبَةِ الْفَاسِدَةِ؛ لِأَنَّهُ أَجِيرٌ، وَبِخِلَافِ الْبِضَاعَةِ؛ لِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ.

قَالَ: فَلَوْ بَقِيَ شَيْءٌ فِي يَدِهِ بَعْدَمَا قَدِمَ مِصْرَهُ؛ رَدَّهُ فِي الْمُضَارَبَةِ؛ لِانْتِهَاءِ الِاسْتِحْقَاقِ، وَلَوْ كَانَ خُرُوجُهُ دُونَ السَّفَرِ، فَإِنْ كَانَ بِحَيْثُ يَغْدُو ثُمَّ يَرُوحُ فَيَبِيتُ بِأَهْلِهِ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ السُّوقِيِّ فِي الْمِصْرِ، وَإِنْ كَانَ بِحَيْثُ لَا يَبِيتُ بِأَهْلِهِ

غاية البيان

قولُه: (وَبِخِلَافِ الْمُضَارَبَةِ الْفَاسِدَةِ)، يَعْنِي: لا يَسْتَحقُّ النفقةَ وإنْ سافَر.

قال القُدُوريُّ رحمه الله في «شرح مختصر الكَرْخِيِّ»: «وإذا دفَع الرَّجلُ إلىٰ الرَّجُلِ مالًا مُضَارَبةً فَاسِدَةً، فسافَر فيها؛ فلا نفقةَ له؛ لأن المُضَارَبةَ الفَاسِدَةَ في معنىٰ الإِجَارةِ، أَلَا ترىٰ أن الواجبَ فيها الأجْرُ، والأجيرُ لا يُنْفِقُ مِن المالِ»[1].

قولُه: (وَبِخِلَافِ الْبِضَاعَةِ)، يعني: لا تَجِبُ النفقةُ لمُسْتَبْضِعٍ في مالِ البِضَاعةِ؛ لأنه متطوِّعٌ فيها إلا أن يَكُونَ أَذِنَ له فيها.

قولُه: (قَالَ: فَلَوْ بَقِيَ شَيْءٌ فِي يَدِهِ بَعْدَمَا قَدِمَ مِصْرَهُ؛ رَدَّهُ فِي الْمُضَارَبَةِ).

فلو كان ذكَر هذه المسألةَ بدونِ ذِكْرِ: «قال» في أوَّلِها؛ لكان أحسن؛ لأنها لم تُذْكَرْ في «الجامع الصغير» وفي «مختصر القُدُورِيِّ»، ولهذا لم يَذْكُرْها في «البداية» أيضًا، وإنما ذُكِرَتِ المسألةُ في [٦/٢٣٠ظ/م] «المبسوط»[2].

قال الحاكمُ الشهيدُ رحمه الله في «مختصر الكافي»: «وإذا رجَع إلىٰ مِصْرِه وقد بَقِيَ معه ثيابٌ أوْ طعامٌ أوْ غيرُه؛ رَدَّ في المُضَارَبةِ؛ لأن جوازَ الانتفاعِ به لدَفْعِ الحاجةِ في زمانِ تفريغِ نفْسِه لعملِ المُضَارَبةِ، ولَمْ يَبْقَ علىٰ تلك الحالِ، فيُؤْمَرُ بِالرَّدِّ إلىٰ مالِ المُضَارَبةِ.

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/١١٣].

(٢) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٤/ ١٨٠/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

فَنَفَقَتُهُ فِي مَالِ الْمُضَارَبَةِ؛ لِأَنَّ خُرُوجَهُ لِلْمُضَارَبَةِ، [١٠١/و] وَالنَّفَقَةُ هِيَ مَا يُصْرَفُ إِلَى الْحَاجَةِ الرَّاتِبَةِ وَهُوَ مَا ذَكَرْنَا، وَمِنْ ذَلِكَ: غَسْلُ ثِيَابِهِ، وَأُجْرَةُ أَجِيرٍ يَخْدُمُهُ، وَعَلَفُ دَابَّةٍ يَرْكَبُهَا وَالدُّهْنُ فِي مَوْضِعٍ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ كَالْحِجَازِ، ....

غاية البيان

وهذا معنى قولِه: (لِانْتِهَاءِ الِاسْتِحْقَاقِ)، يَعْنِي: أن اسْتِحْقَاقَ النفقةِ في السفرِ لتفريغِ النفسِ لعملِ المُضَارَبةِ، فإذا قَدِم مِصْرَه انتهَتِ العِلَّةُ فانتهى الِاسْتِحْقَاقُ، كالحاجِّ عن الغيرِ إذا بَقِيَ معَه [٤٣٩/٢و] شيءٌ مِن النفقةِ بعْدَ رجوعِه، وكالمولى إذا بَوَّأَ أَمَتَهُ مع زَوْجِها ثم نقلَها فخَدَمَتْه، وقد بَقِيَ معَها شيءٌ مِن النفقةِ؛ كان للزوجِ أنْ يَسْتَرِدَّ ذلك منها.

قولُه: (إِلَى الْحَاجَةِ الرَّاتِبَةِ)، أي: الثابتةِ.

قولُه: (وَهُوَ مَا ذَكَرْنَا)، أي: الحاجةُ الراتبةُ هي الطعامُ والشرابُ والكسْوةُ، والرُّكُوبُ.

قولُه: (وَمِنْ ذَلِكَ: غَسْلُ ثِيَابِهِ، وَأُجْرَةُ أَجِيرٍ يَخْدُمُهُ، وَعَلَفُ دَابَّةٍ يَرْكَبُهَا وَالدُّهْنُ فِي مَوْضِعٍ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ كَالْحِجَازِ)، أي: ومِن جملةِ الحاجةِ الراتبةِ.

اعلم: أن الدُّهْنَ في مالِ المُضَارِبِ في قولِ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ رضي الله عنهما.

وقال محمَّدٌ رضي الله عنه: الدُّهْنُ في مالِ المُضَارَبةِ.

وَجْهُ قولِهما: أن الدُّهْنَ ليس بمعتادٍ، ولا تَدْعُو إليه الضَّرُورَةُ، فصار كأجرةِ الطبيبِ.

وجهُ قولِ محمَّدٍ رحمه الله: أن الدُّهْنَ يُسْتَعْمَلُ لمنفعةٍ في البدنِ، وغيرُه غيرُ نادرٍ؛ كالطعامِ والشرابِ. كذا ذكَر القُدُورِيُّ في «شرحه».

وقال أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ رحمه الله: «وليس في الخِضَابِ روايةٌ عن أبي يوسفَ

وَإِنَّمَا يُطْلَقُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ بِالْمَعْرُوفِ حَتَّىٰ يَضْمَنَ الْفَضْلَ إِنْ جَاوَزَهُ ؛ اعْتِبَارًا لِلْمُتَعَارَفِ فِيمَا بَيْنَ التُّجَّارِ.

قَالَ: أَمَّا الدَّوَاءُ: فَفِي مَالِهِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ.

وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَدْخُلُ فِي النَّفَقَةِ ؛ لِأَنَّهُ لِإِصْلَاحِ بَدَنِهِ، وَلَا يَتَمَكَّنُ مِنَ التِّجَارَةِ إِلَّا بِهِ فَصَارَ كَالنَّفَقَةِ.

وَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ الْحَاجَةَ إِلَىٰ النَّفَقَةِ مَعْلُومَةُ الْوُقُوعِ وَإِلَىٰ الدَّوَاءِ بِعَارِضِ الْمَرَضِ، وَلِهَذَا كَانَتْ نَفَقَةُ الْمَرْأَةِ عَلَىٰ الزَّوْجِ، وَدَوَاؤُهَا فِي مَالِهَا.

غاية البيان

ومحمَّدٍ ﵄، والظاهرُ: أنه كالحِجَامةِ، ورُوِيَ عن أبي يوسفَ: أنه سُئِلَ عن اللحمِ ؛ فقال: كما كان يَأْكُلُ»[١].

قولُه: (وَإِنَّمَا يُطْلَقُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ بِالْمَعْرُوفِ).

قال الإمامُ الأَسْبِيْجَابيُّ ﵀ في «شرح الطَّحَاوِيِّ»: «ولا يَنْبَغِي له أنْ يُسْرِفَ في النفقةِ، وإنما يُنْفِقُ علىٰ المعروفِ عندَ التُّجَّارِ، وإذا جاوز ذلك ضَمِن الفضلَ»[٢].

قولُه: (وَأَمَّا الدَّوَاءُ: فَفِي مَالِهِ)، أي: قال في «الجامع الصغير»[٣].

قولُه: (فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ)، ليس في ذِكْرِه كثيرُ فائدةٍ لوجهَيْنِ: لأنه روايةُ «الجامع الصغير»، وما ذكرَ[٤] فيه كُلِّه ظاهرُ الروايةِ.

ولأنه ذكَر بعْدَ هذا: (وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵁: أَنَّهُ يَدْخُلُ فِي النَّفَقَةِ). فيُفْهَمُ منه إشَارةً أنه ظاهرُ الروايةِ ؛ لأن كلمةَ: «عن»، تُسْتَعْمَلُ في غيرِ ظاهرِ الروايةِ فيما كان

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/١٠٥].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق/٢٨٣].

(٣) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٢٣].

(٤) وقع بالأصل: «قوله: وما ذكر». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

قَالَ: وَإِذَا رَبِحَ أَخَذَ رَبُّ الْمَالِ مَا أَنْفَقَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ، فَإِنْ بَاعَ الْمَتَاعَ مُرَابَحَةً حُسِبَ مَا أَنْفَقَ عَلَى الْمَتَاعِ مِنَ الْحُمْلَانِ وَنَحْوِهِ، وَلَا يُحْتَسَبُ مَا أَنْفَقَ عَلَىٰ نَفْسِهِ؛ لِأَنَّ الْعُرْفَ جَارٍ بِإِلْحَاقِ الْأَوَّلِ دُونَ الثَّانِي، وَلِأَنَّ الْأَوَّلَ يُوجِبُ زِيَادَةً فِي الْمَالِيَّةِ بِزِيَادَةِ الْقِيمَةِ وَالثَّانِي لَا يُوجِبُهَا.

غاية البيان

نادرًا، وتلك الروايةُ عن أبي حنيفةَ روَاها الحسنُ بنُ زيادٍ رحمهما الله.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا رَبِحَ أَخَذَ رَبُّ الْمَالِ مَا أَنْفَقَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ)، أي: قال في «**الجامع الصغير**»[1]، وبيانُه مَرَّ قبلَ هذا.

قولُه: (فَإِنْ بَاعَ الْمَتَاعَ مُرَابَحَةً حُسِبَ مَا أَنْفَقَ عَلَى الْمَتَاعِ مِنَ الْحُمْلَانِ وَنَحْوِهِ، وَلَا يُحْتَسَبُ مَا أَنْفَقَ عَلَى نَفْسِهِ).

ولفْظُ محمدٍ رحمه الله **في «الجامع الصغير»**: «وقال: عن أبي حنيفةَ رضي الله عنه [٦/٢٣١و/م]: ما أنفقَ علىٰ المتاعِ في الحُمْلَانِ وغيرِه باعَه مُرَابَحَةً علىٰ ذلك، وما أنفَق علىٰ نفسِه لَمْ يَبِعِ المَتَاعَ مُرَابَحَةً عليه»[2].

والأصلُ فيه: أن كلَّ ما يُوجِبُ زيادةً في رأسِ المالِ حقيقةً؛ بأنِ اشْتَرَىٰ ثوبًا فصبَغه أحمرَ، أوْ حُكْمًا بأنِ اكترَىٰ دوابَّ للمتاعِ؛ لأن القِيمةَ تَزْدادُ بالنقلِ مِن بلدٍ علىٰ بلدٍ؛ يَكُونُ مُلْحقًا برأسِ المالِ، فيَبِيعُه مُرَابَحَةً عليه، وعلىٰ الثَّمَنِ، فيَقُولُ: قام عَلَيَّ بكذا، ولا يَقُولُ: اشتريتُه بكذا؛ لأنه ما اشتراه به، فيَكُونُ كاذبًا فيه، وما أنفَق علىٰ نفسِه لا يُوجِبُ زيادةً في المالِ لا حقيقةً ولا حُكْمًا، فلا يَكُونُ مُلْحقًا برأسِ المالِ.

والحُمْلَانُ: أجْرُ ما يُحْمَلُ عليه مِن الدوابِّ. كذا في «**الديوان**»[3].

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٢٤].
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/٤٢٤].
(٣) ينظر: «ديوان الأدب» للفارابي [١٨/٢].

قَالَ: وَإِنْ كَانَ مَعَهُ أَلْفٌ فَاشْتَرَىٰ بِهَا ثِيَابًا، فَقَصَّرَهَا، أَوْ حَمَلَهَا بِمِئَةٍ مِنْ عِنْدِهِ، وَقَدْ قِيلَ لَهُ: اعْمَلْ بِرَأْيِكَ؛ فَهُوَ مُتَطَوِّعٌ؛ لِأَنَّهُ اسْتِدَانَةٌ عَلَىٰ رَبِّ الْمَالِ فَلَا يَنْتَظِمُهُ هَذَا الْمَقَالِ عَلَىٰ مَا مَرَّ.

غاية البيان

قولُه: (قَالَ: وَإِنْ كَانَ مَعَهُ أَلْفٌ فَاشْتَرَىٰ بِهَا ثِيَابًا، فَقَصَّرَهَا، أَوْ حَمَلَهَا بِمِئَةٍ مِنْ عِنْدِهِ، وَقَدْ قِيلَ لَهُ: اعْمَلْ بِرَأْيِكَ؛ فَهُوَ مُتَطَوِّعٌ)، وهذه مِن مسائلِ «**الجامع الصغير**».

وصورتُها فيه: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفةَ رضي الله عنهم: في رَجُلٍ دفعَ إلىٰ رجلٍ ألفَ درهمٍ مُضَارَبةً بالنصفِ [٤٣٩/٢ظ]، فاشْتَرَىٰ بها متاعًا، وقد كان صاحبُ المالِ قال له: اعملْ فيه برأيكَ، فلَمَّا اشْتَرَىٰ المَتَاعَ؛ حمَلَه بمئةٍ مِن عندِه، [أو قصَّرَه بمئةٍ مِن عندِه][(١)]، قال: فهو متطوِّعٌ فيما صَنَع، وليس له مِن المئةِ شيءٌ في رأسِ المالِ، وإنْ كان صبَغَ الثِّيَابَ حمراءَ؛ كان شريكًا فيما زاد الصِّبْغُ في الثِّيَابِ، ولا يَضْمَنُ الثِّيَابَ»[(٢)]. إلىٰ هنا لفْظُ محمَّدٍ رحمه الله في أصلِ «**الجامع الصغير**».

والأصلُ هنا: ما ذَكَرْنا في أوَّلِ كتابِ المُضَارَبةِ: أن تصرُّفاتِ المُضَارِبِ ثلاثةُ أقسامٍ: قسمٌ منها لا يَمْلِكُه المُضَارِبُ إلا أنْ ينصَّ عليه ربُّ المالِ، وهو الِاسْتِدَانَةُ.

فإذا عرفْتَ ذلك قُلنا: إذا حمَلَها بمئةٍ مِن عندِه؛ فقدِ استدانَ علىٰ المُضَارَبةِ بعدَ استغراقِ رأسِ المالِ، فلا يَنْفُذُ علىٰ ربِّ المالِ، ويَكُونُ مُتَبَرِّعًا، وكذا إذا قصَّرَها بمئةٍ مِن عندِه، ولا يَصِيرُ شريكًا في المالِ؛ لأن القِصَارةَ ليست بعينِ مالٍ قائمٍ في الثَّوْبِ، وأمَّا إذا صبَغها لم يَمْلِكْ ذلك علىٰ المُضَارَبةِ لِمَا قُلنا، لكن لا يَضِيعُ مالُه.

أَلَا تَرىٰ أن الغَاصبَ لو قصَّر يَضِيعُ مالُه، ولو صبَغَ لا يَضِيعُ، فههنا أَوْلَىٰ؛ ولهذا لو صبَغه الغاصبُ أحمرَ أوْ أصفرَ؛ لم يَكُنْ للمالكِ أنْ يَأْخُذَه مجَّانًا، بل

(١) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٢٤].

....

يَتَخَيَّرُ ربُّ الثَّوْبِ: إنْ شاء أخَذ الثَّوْبَ، وأعطاه قِيمَةَ ما زاد الصِّبْغُ فيه يومَ الخُصُومةِ، لا يومَ الاتِّصالِ بثَوْبِه، وإنْ شاء ضَمَّنه جميعَ قِيمةِ الثَّوْبِ أبيضَ يومَ صَبَغَه، وترَكَ الثَّوْبَ عليه.

فكذلك هنا يَصِيرُ شريكًا بقَدْرِ مالِه، حتىٰ لو صبَغ الثَّوْبَ؛ يَأْخُذُ المُضَارِبُ مِن الثَّمَنِ [٦/٢٣١ظ/م] ما زاد الصِّبْغُ فيه، وما بَقِيَ يَكُونُ علىٰ المُضَارَبةِ، ولا يَكُونُ المُضَارِبُ ضامنًا للثِّيابِ؛ لأن ربَّ المالِ قال: اعمل فيه برأيِكَ، فثَبَتَ له ولايةُ الخُلْطةِ والشَّرِكَةِ، ولولا ذلك كان لرَبِّ المالِ أنْ يُضَمِّنَه.

أمَّا الاِسْتِدَانَةُ: فلا تُستفادُ ولايتُها إلا بالتصريحِ، ولم يُوجَدْ. كذا قال قاضي خان وغيرُه في «**شروح الجامع الصغير**».

قال فخرُ الإسلامِ رحمه الله: «وخَصَّ الحُمْرةَ؛ لأن السوَادَ نُقْصَانٌ عندَ أبي حنيفةَ رضي الله عنه، وأمَّا سائرُ الألوانِ فمِثْلُ الحُمْرةِ».

يعني: إذا صبَغ الثِّيَابَ سُودًا؛ كان كالقِصَارةِ سواءٌ عندَ أبي حنيفةَ؛ لأن السوادَ عندَه نُقْصَانٌ، وعندَهما زيادةٌ، وهذا الاختلافُ لاختلافِ الزمانِ، ولا يَضْمَنُ النُّقْصَانَ الذي دخَل في الثِّيَابِ بفِعْلِه؛ لأنه مَأْذُونٌ فيه بعَقْدِ المُضَارَبةِ.

أَلَا تَرىٰ أنه لو كان في يدِه فَضْلٌ، فصبَغ الثِّيَابَ سودًا، فنقَصَها ذلك؛ لم يَضْمَنْ، فكذا إذا صبَغها بمالِ نفسِه[1]. كذا ذكَر القُدُورِيُّ في «**شرح مختصر الكَرْخِيِّ**» رحمهما الله.

وقال في «تجريد المحيط»: «وإنْ صبَغها المُضَارِبُ بعُصْفرٍ أوْ زَعْفَرَانٍ، أوْ صِبْغٍ آخرَ يَزِيدُ في الثَّوْبِ، فإنْ كان ربُّ المالِ قال له في المُضَارَبةِ: اعمَلْ فيه

---

(١) هذا القول نقله الشلبي للتعليل بعدم ضمان النقصان في «تبيين الحقائق» [٥/٧١].

....

برأيكَ. فالمضارِبُ لا يَضْمَنُ، وإنْ لم يَقُلْ له ذلك ضَمِن.

وإذا لم يَقُلْ له ربُّ المالِ: اعمل فيه برأيك؛ كان ربُّ الثَّوْبِ بِالخِيارِ، فإنْ شاء ضمَّنَ المُضَارِبَ قِيمَةَ ثوْبِه أبيضَ يومَ صَبَغَه، وإنْ شاء أخَذ الثِّيَابَ وأعطاه قِيمةَ ما زاد الصِّبْغُ فيه يومَ الخُصُومةِ، لا يومَ اتَّصلَ بثَوْبِه كما في الغَاصِبِ، وهذا إذا لم يَكُنْ في مالِ المُضَارَبةِ فضْلٌ.

فأمَّا إذا كان في مالِ المُضَارَبةِ فضْلٌ، فبِقَدْرِ ما كان حِصَّةُ المُضَارِبِ مِن الثِّيَابِ لا يَضْمَنُه، فإن لم يَفْعَلْ ربُّ المالِ شيئًا مِن ذلك حتىٰ باع المُضَارِبُ الثِّيَابَ؛ جاز بَيْعُه وبَرِئَ مِن الضَّمَانِ، ولم يَكُنْ لربِّ المالِ أنْ يَمْنَعَه مِن البَيْعِ.

وإذا جاز بَيْعُه، يُنْظَرُ بعدَ ذلك: إنْ باعَها مُسَاوَمةً؛ يُقْسَمُ الثَّمَنُ بينَ ربِّ [٤٤٠/٢و] المالِ، وبينَ المُضَارِبِ علىٰ قِيمَةِ الثِّيَابِ غيرَ مصبوغةٍ، [وعلىٰ قيمَتِها مصبوغةً، فتفاوُتُ ما بينَهما يَكُونُ قِيمَةَ الصِّبْغِ، حتىٰ إذا كان قِيمَةُ الثِّيَابِ غيرَ مصبوغةٍ][(١)] ألفًا، وقيمتُها مصبوغةٌ ألفًا ومئتيْنِ، وبِيعَتْ بألفٍ ومئتيْنِ، فالألفُ للمُضَارَبَةِ، والمئتان للمُضَارِبِ بدلُ صِبْغِه.

وإنْ باعها مُرَابَحَةً، فإنَّ هذا الثَّمنَ يَنْقَسِمُ علىٰ الثَّمَنِ الذي اشْتَرَىٰ المُضَارِبُ به الثِّيَابَ، وعلىٰ قِيمَةِ الصِّبْغِ الذي صَبَغ المُضَارِبُ الثِّيَابَ به».

وفي «المنتقىٰ»: «رَجلٌ دفَعَ إلىٰ رَجُلٍ ألفَ درهم مُضَارَبَةً، فاكترَىٰ سَفِينَةً بمئةِ درهمٍ، والمالُ عندَه علىٰ حالِه، ثم اشْتَرَىٰ بالألفِ كلِّه طعامًا، وحمَلَه في السَّفِينَةِ [٢٣٢/٦و/م]؛ فهو متطوِّعٌ في الكِرَاءِ، ولو كان اشْتَرَىٰ بتسعِ مئةٍ منها طعامًا، وبَقِيَتْ في يدِه مئةٌ، فأدَّاها في الكِرَاءِ؛ لم يَكُنْ مُتطوِّعًا، وباعَه مُرَابَحَةً علىٰ الكِرَاءِ».

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

فَإِنْ صَبَغَهَا أَحْمَرَ فَهُوَ شَرِيكٌ بِمَا زَادَ الصَّبْغُ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ عَيْنُ مَالٍ قَائِمٍ بِهِ، حَتَّىٰ إِذَا بِيعَ كَانَ لَهُ حِصَّةُ الصَّبْغِ وَحِصَّةُ الثَّوْبِ الْأَبْيَضِ عَلَى الْمُضَارَبَةِ **بِخِلَافِ الْقِصَارَةِ وَالْحَمْلِ**؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِعَيْنِ مَالٍ قَائِمٍ بِهِ، وَلِهَذَا إِذَا فَعَلَهُ الْغَاصِبُ ضَاعَ، وَلَا يَضِيعُ إِذَا صَبَغَ الْمَغْصُوبَ، وَإِذَا صَارَ شَرِيكًا بِالصَّبْغِ انْتَظَمَهُ قَوْلُهُ: اعْمَلْ بِرَأْيِكَ انْتِظَامَهُ الْخُلْطَةَ فَلَا يَضْمَنُهُ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

غاية البيان

قولُه: (بِخِلَافِ القِصَارَةِ وَالْحَمْلِ)، مُتَّصِلٌ بقولِه: **(كَانَ لَهُ حِصَّةُ الصَّبْغِ)**. وقد مَرَّ البيانُ.

قال المُطَرِّزِيُّ: «قَصْرُ الثِّيَابِ: أنْ يجْمَعَها القَصَّارُ فيَغْسِلَها، وحِرْفتُه: القِصَارةُ، بالكسْرِ»(١).

(١) ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزي [٢/١٨٠].

فَصْلٌ آخَرُ

قَالَ: فَإِنْ كَانَ مَعَهُ أَلْفٌ بِالنِّصْفِ، فَاشْتَرَىٰ بِهَا بَزًّا فَبَاعَهُ بِأَلْفَيْنِ، وَاشْتَرَىٰ بِالْأَلْفَيْنِ عَبْدًا، فَلَمْ يَنْقُدْهُمَا حَتَّىٰ ضَاعَا؛ يَغْرَمُ رَبُّ الْمَالِ أَلْفًا وَخَمْسَ مِئَةٍ، وَالْمُضَارِبُ خَمْسَ مِئَةٍ، وَيَكُونُ رُبْعُ الْعَبْدِ لِلْمُضَارِبِ، وَثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ عَلَىٰ الْمُضَارَبَةِ.

غاية البيان

فَصْلٌ آخَرُ

لَمَّا كان مسائلُ هذا الفصلِ متفرِّقةً ـ نحوُ هلاكِ مالِ المُضَارَبةِ، ونحوُ بَيْعِ عبْدٍ اشتراهُ مِن ربِّ المالِ مُرَابَحَةً، ونحوُ جنايةِ عبْدِ المُضَارَبَةِ ـ: ذكرَه في فصْلٍ علىٰ حِدَةٍ.

قولُه: (قَالَ: فَإِنْ كَانَ مَعَهُ أَلْفٌ بِالنِّصْفِ، فَاشْتَرَىٰ بِهَا بَزًّا فَبَاعَهُ بِأَلْفَيْنِ، وَاشْتَرَىٰ بِالْأَلْفَيْنِ عَبْدًا، فَلَمْ يَنْقُدْهُمَا حَتَّىٰ ضَاعَا؛ يَغْرَمُ رَبُّ الْمَالِ أَلْفًا وَخَمْسَ مِئَةٍ، وَالْمُضَارِبُ خَمْسَ مِئَةٍ، وَيَكُونُ رُبْعُ الْعَبْدِ لِلْمُضَارِبِ، وَثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ عَلَىٰ الْمُضَارَبَةِ)، أي: قال في «**الجامع الصغير**»[1]، قالوا: هذا جوابُ الحاصلِ.

يعني: أن حاصل الضَّمانِ يَجِبُ هكَذا، ولكنَّ الألفَيْنِ في الابتداءِ يَجِبانِ جميعًا علىٰ المُضَارِبِ، ثم يَرْجِعُ المُضَارِبُ علىٰ ربِّ المالِ بألفٍ وخمسِ مئةٍ؛ لأن المُضَارِبَ هو المباشِرُ للعَقْدِ، وأحكامُ العَقْدِ تَرْجِعُ إليه.

بيانُ ذلك: أن المُضَارِبَ لَمَّا اشْتَرَىٰ بَزًّا كان علىٰ المُضَارَبةِ، فلَمَّا باعَه بألفَيْنِ ظهَر نصيبُ المُضَارِبِ؛ لأن المالَ نَضَّ، فصار مِن جنسٍ واحدٍ، فلَمَّا ظهَر له فيه نصيبٌ ـ وهو الربعُ، واشْتَرَىٰ بذلك جَارِيَةً، فهلَك المالُ قبلَ النقدِ ـ وجَبَ ضَمانُ الربعِ عليه، وثلاثةُ أرباعِه علىٰ ربِّ المالِ، فيَكُونُ رُبعُ الجَارِيةِ للمُضَارِبِ؛ لأن رُبعَ الثَّمَنِ له وثلاثةُ أرباعِها لربِّ المالِ.

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٢٢].

قَالَ الْعَبْدُ الضَّعِيفُ رحمه الله: هَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ حَاصِلُ الْجَوَابِ، لِأَنَّ الثَّمَنَ كُلَّهُ عَلَىٰ الْمُضَارِبِ [١٠١/ظ] إذْ هُوَ الْعَاقِدُ، إِلَّا أَنَّ لَهُ حَقَّ الرُّجُوعِ عَلَىٰ رَبِّ الْمَالِ بِأَلْفٍ وَخَمْسِمَائَةٍ عَلَىٰ مَا نُبَيِّنُ، فَيَكُونُ عَلَيْهِ فِي الْآخِرَةِ.

وَوَجْهُهُ أَنَّهُ لَمَّا نَضَّ الْمَالُ ظَهَرَ الرِّبْحُ وَلَهُ مِنْهُ وَهُوَ خَمْسُمَائَةٍ، فَإِذَا اشْتَرَىٰ بِالْأَلْفَيْنِ عَبْدًا صَارَ مُشْتَرِيًا رُبْعَهُ لِنَفْسِهِ وَثَلَاثَةَ أَرْبَاعِهِ لِلْمُضَارَبَةِ عَلَىٰ حَسَبِ انْقِسَامِ الْأَلْفَيْنِ، وَإِذَا ضَاعَتِ الْأَلْفَانِ وَجَبَ عَلَيْهِ الثَّمَنُ لِمَا بَيَّنَاهُ، وَلَهُ الرُّجُوعُ بِثَلَاثَةِ أَرْبَاعِ الثَّمَنِ عَلَىٰ رَبِّ الْمَالِ؛ لِأَنَّهُ وَكِيلٌ مِنْ جِهَتِهِ فِيهِ، وَيَخْرُجُ نَصِيبُ الْمُضَارِبِ وَهُوَ الرُّبْعُ مِنَ الْمُضَارَبَةِ؛ لِأَنَّهُ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ، وَمَالُ الْمُضَارَبَةِ أَمَانَةٌ

غاية البيان

فلَمَّا ملَكَ المُضَارِبُ رُبُعَها ـ بسببِ ضَمانِ رُبعِ الثَّمَنِ ـ خرَجَ رُبُعُها مِن المُضَارَبَةِ؛ لأن المُضَارَبةَ أَمَانةٌ، وبينَ الأَمَانةِ والضَّمانِ مُنَافَاةٌ، ويَبْقَىٰ ثلاثةُ الأرباعِ علىٰ المُضَارَبةِ؛ لعدمِ المُنَافَاةِ؛ لأن ضَمانَ ربِّ المالِ لا يُنَافِي المُضَارَبةَ، فيَكُونُ رأسُ المالِ أَلفَيْنِ وخمسِ مئةٍ؛ لأن ربَّ المالِ دفَع مرَّةً ألفًا، ومرَّةً ألفًا وخمسَ مئةٍ.

فإنْ أراد أنْ يَبيعَها المُضَارِبُ مُرَابحَةً، باعَها علىٰ ألفَيْنِ؛ لأن بَيْعَ الْمُرَابحَةِ بَيْعٌ بالثَّمَنِ الأوَّلِ، وقدِ اشْتَرَىٰ بألفَيْنِ، فإنْ باعَها بأربعةِ آلافٍ؛ كان رُبعُ الثَّمَنِ ـ وهو الألفُ ـ للمُضَارِبِ خاصَّةً، تَبْقَىٰ ثلاثةُ آلافٍ يَأْخُذُ منها ربُّ المالِ رأسَ مالِه، وهو ألفانِ وخمسُ مئةٍ، فإذا اسْتَوْفَىٰ ذلك مِن ثلاثةِ أرباعِه؛ يَكُونُ الباقِي ـ وهو خمسُ مئةٍ ـ بينَ ربِّ المالِ والمُضَارِبِ نصفَيْنِ؛ لأن ذلك القَدْرَ هو الرِّبْحُ.

والْبَزُّ: متاعُ الْبَزَّازِ.

[٦/٢٣٢ظ/م] **قولُه**: (**عَلَىٰ مَا نُبَيِّنُ**)، إِشَارةً إلىٰ قولِه: (**لِأَنَّهُ وَكِيلٌ مِنْ جِهَتِهِ**).

قولُه: (**لِمَا بَيَّنَّا**)، إِشَارةٌ إلىٰ قولِه: (**إذْ هُوَ الْعَاقِدُ**).

وَبَيْنَهُمَا مُنَافَاةٌ، وَيَبْقَى ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الْعَبْدِ عَلَى الْمُضَارَبَةِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ مَا يُنَافِي الْمُضَارَبَةَ، وَيَكُونُ رَأْسُ الْمَالِ أَلْفَيْنِ وَخَمْسَمَائَةٍ؛ لِأَنَّهُ دَفَعَ مَرَّةً أَلْفًا وَمَرَّةً أَلْفًا وَخَمْسَمَائَةٍ.

وَلَا يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً إِلَّا عَلَى أَلْفَيْنِ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَاهُ بِأَلْفَيْنِ، وَيَظْهَرُ ذَلِكَ فِيمَا إِذَا بِيعَ الْعَبْدُ بِأَرْبَعَةِ آلَافٍ، فَحِصَّةُ الْمُضَارَبَةِ ثَلَاثَةُ آلَافٍ، يَدْفَعُ رَأْسَ الْمَالِ وَيَبْقَى خَمْسُمَائَةٍ رِبْحٌ بَيْنَهُمَا.

قَالَ: فَإِنْ كَانَ مَعَهُ أَلْفٌ، فَاشْتَرَى رَبُّ الْمَالِ عَبْدًا بِخَمْسِ مِئَةٍ، وَبَاعَهُ إِيَّاهُ بِأَلْفٍ؛ فَإِنَّهُ يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً عَلَى خَمْسِ مِئَةٍ؛ لِأَنَّ هَذَا الْبَيْعَ مَقْضِيٌّ بِجَوَازِهِ لِتَغَايُرِ

غاية البيان

قولُه: (قَالَ: فَإِنْ كَانَ مَعَهُ أَلْفٌ، فَاشْتَرَى رَبُّ الْمَالِ عَبْدًا بِخَمْسِ مِئَةٍ، وَبَاعَهُ إِيَّاهُ بِأَلْفٍ؛ فَإِنَّهُ يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً عَلَى خَمْسِ مِئَةٍ)، أي: قال في **«الجامع الصغير»**.

وصورةُ المسألةِ فيه: «محمَّدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفةَ رضي الله عنهم [٢/٤٤٠ظ]: في رَجُلٍ دفَع إلى رَجُلٍ ألفَ درهمٍ مُضَارَبةً، ثم اشْتَرَى ربُّ المالِ عبدًا بخمسِ مئةٍ، فباعه إياه بألفٍ، على كَمْ يَبِيعُه مُرَابَحَةً؟

قال: على خمسِ مئةٍ، قال: فإنِ اشْتَرَى الذي أَخَذ المالَ مُضَارَبةً عبْدًا بألفٍ، فباعه مِن ربِّ المالِ بألفٍ ومئتَيْنِ، قال: يَبِيعُه ربُّ المالِ مُرَابَحَةً بألفٍ ومئةٍ، إذا كانتِ المُضَارَبةُ بالنصفِ»[١]. إلى هنا لفْظُ محمَّدٍ رحمه الله في أصْلِ **«الجامع الصغير»**.

وأصلُ ذلك: ما قالوا في **«شروح الجامع الصغير»**: إنَّ بَيْعَ الْمُرَابَحَةِ يَنْبَنِي على الأَمَانةِ، ويُمْنَعُ بشبهةِ الخِيَانةِ، كما يَمْتَنِعُ بحقيقَتِها[٢]، أَلَا تَرَى أن بدلَ الصُّلْحِ لا يُبَاعُ مُرَابَحَةً إلا ببيانٍ لشُبْهةِ الحَطِّ، وكذا المُشْتَرَى نسيئةً لا يُبَاعُ مُرَابَحَةً بدونِ

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٢٨ - ٤٢٩].
(٢) وقع بالأصل: «تحقيقها». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

الْمَقَاصِدِ دَفْعًا لِلْحَاجَةِ ، وَإِنْ كَانَ بَيْعٌ مَلَكَهُ بِمِلْكِهِ إِلَّا أَنَّ فِيهِ شُبْهَةَ الْعَدَمِ ، وَمَبْنَى الْمُرَابَحَةِ عَلَى الْأَمَانَةِ وَالِاحْتِرَازِ عَنْ شُبْهَةِ الْخِيَانَةِ ؛ فَاعْتُبِرَ أَقَلَّ الثَّمَنَيْنِ .

غاية البيان

البيانِ ؛ لشبهةِ الزِّيَادَةِ بمقابلةِ الأَجَلِ .

فإذا اشْتَرَىٰ ربُّ المالِ بخمسِ مئةٍ ، وباعَه مِن المُضَارِبِ بألفٍ ؛ والمضارِبُ اشْتَرَىٰ لربِّ المالِ ؛ لأنه وَكِيلُه ، وبَيْعُ الإنسانِ مِن نفسِه بَاطلٌ ، لكن لَمَّا كان حقُّ المُضَارَبةِ بمنزلةِ حقٍّ ثالثٍ صحَّ البَيْعُ ، وبَقِيَتْ شُبْهَةُ بطْلانِ البَيْعِ ، فيَبِيعُه مُرَابَحَةً علىٰ الثَّمَنِ المتيَقَّنِ ، وهو خمسُ مئةٍ .

فأَمَّا إذا اشْتَرَىٰ المُضَارِبُ بألفٍ ، وباعه مِن ربِّ المالِ بألفٍ ومئَتَيْنِ ؛ باعه ربُّ المالِ مُرَابَحَةً علىٰ ألفٍ ومئةٍ ؛ لأن العقدَيْنِ وقَعا لربِّ المالِ ، ولم يَقَعْ للمُضارِبِ منه إلا قَدْرَ مئةٍ ، فيَجِبُ اعتبارُ المئةِ ، وفيما وقَع لربِّ المالِ لا يُعْتَبرُ الرِّبْحُ لشُبْهةِ بطلانِ العَقْدِ الثاني ، وهذا إذا كان الشَّرْطُ علىٰ النِّصْفِ .

قال شيخُ الإسلام علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ رحمه الله في بابِ الْمُرَابَحَةِ بينَ المُضَارِبِ وبينَ ربِّ المالِ: «وإذا دفَع الرَّجُلُ إلىٰ الرَّجُلِ ألفَ درهمٍ مُضَارَبَةً ، علىٰ أن ما كان مِن رِبْحٍ ؛ فهو بينَهُما نصْفَيْنِ ، فاشْتَرَىٰ ربُّ المالِ عبدًا بخمسِ مئةِ درهمٍ ، فباعه مِن المُضَارِبِ بألفِ المضاربةِ ، فإنْ باعه المُضَارِبُ مُسَاوَمَةً باعه كيفَ شاء ؛ لأن بَيْعَ المُسَاوَمةِ لا يتقَيَّدُ بثَمَنٍ ، بلِ الثَّمَنُ ما اتَّفَقا عليه ، وقد اتَّفَقا علىٰ القَدْرِ الذي ذَكَراه في العَقْدِ .

وإنْ باعَه مُرَابَحَةً باعَه علىٰ خمسِ مئةِ درهمٍ ؛ لأن عَقْدَ المُضَارَبةِ عَقْدُ أَمَانَةٍ ، فيَجِبُ تنزيهُه عن الخِيَانةِ ، وعن شُبْهَةِ الخِيَانةِ ، والعَقْدُ الأَوَّلُ وقَع لربِّ المالِ ، والثاني كذلك ؛ لأنه بِشِراءِ المُضَارِبِ لا يخْرُجُ عن مِلْكِ ربِّ المالِ ، إلا أنه صحَّ العَقْدُ لزيادةِ فائدةٍ [٦/٢٣٣و/م] ، وهي ثبوتُ اليدِ ، والتصرُّفُ للمُضَارِبِ ، فبَقِيَ شُبْهَةُ عدمِ وقوعِ العَقْدِ الثاني ، فيَبِيعُه مُرَابَحَةً علىٰ الثَّمَنِ الأَوَّلِ ، وذلك خمسُ مئةِ درهمٍ .

وَلَو اشْتَرَىٰ الْمُضَارِبُ عَبْدًا بِأَلْفٍ وَبَاعَهُ مِنْ رَبِّ الْمَالِ بِأَلْفٍ وَمِائَتَيْنِ بَاعَهُ مُرَابَحَةً بِأَلْفٍ وَمِائَةٍ ؛ لِأَنَّهُ اعْتُبِرَ عَدَمًا فِي حَقِّ نِصْفِ الرِّبْحِ ، وَهُوَ نَصِيبُ رَبِّ الْمَالِ وَقَدْ مَرَّ فِي الْبُيُوعِ .

غاية البيان

ولو كان ربُّ المالِ اشتراه بألفٍ ، فباعَه مِن المُضَارِبِ بخمسِ مئةٍ ؛ باعَه المُضَارِبُ مُرَابَحَةً على خمسِ مئةٍ ؛ لأن العقدَيْنِ وقَعَا لربِّ المالِ ، فيَبِيعُه على أقلِّ الثمَنَيْنِ ؛ احترازًا عن شُبْهَةِ الخِيَانةِ لِمَا بَيَّنَّا» .

ثم قال في «شرح الكافي» : «إذا دفَع الرَّجلُ إلى الرَّجُلِ ألفَ درهمٍ مُضَارَبةً بالنصفِ ، فاشْتَرَىٰ المُضَارِبُ بها عبداً ، فباعَه مِن ربِّ المالِ بألفَيْ درهمٍ ؛ باعه ربُّ المالِ مُرَابَحَةً على ألفٍ وخمسِ مئةٍ ؛ لأنا نَعْتَبِرُ الثَّمَنَ الأوَّلَ ، وذلك ألفٌ في حقِّ ربِّ المالِ ، وحِصَّةُ المُضَارِبِ مِن الرِّبْحِ ، وذلك خمسُ مئةٍ [درهمٍ][1] ، فيَبِيعُه مُرَابَحَةً على ألفٍ وخمسِ مئةِ درهمٍ .

بيانُه: أن الألفَ خرجَ عن مِلْكِ ربِّ المالِ في ثَمَنِ العبدِ ، فيُعْتَبرُ في بَيْعِ الْمُرَابَحَةِ ، ونِصْفُ الألفِ ـ التي هي الرِّبْحُ ـ مِلْكُ ربِّ المالِ قبلَ البَيْعِ وبعْدَه ، فلا يُعْتَبرُ ، أمَّا النِّصْفُ الذي هو حِصَّةُ المُضَارِبِ مِن الرِّبْحِ ـ وهو خمسُ مئةٍ ـ خرَج عن مِلْكِ ربِّ المالِ إلى مِلْكِ المُضَارِبِ حقيقةً بإزاءِ هذا العبدِ ، فيُعْتَبرُ .

قولُه: (وَقَدْ مَرَّ فِي الْبُيُوعِ) .

أراد به: ما ذكرَه في بابِ الْمُرَابَحَةِ بقولِه: وإذا كان معَ [٢/٤٤١و] المُضَارِبِ عشرةٌ بالنصفِ ، فاشْتَرَىٰ ثوبًا بعشرةٍ ، وباعه مِن ربِّ المالِ بخمسةَ عشرَ ، فإنه يَبِيعُه مُرَابَحَةً باثْنَيْ عشرَ ونِصْفٍ ، وذلك لأن في البَيْعِ الثاني شُبْهَةَ العدمِ ، فاعْتُبِر عدمًا في حقِّ نِصْفِ الرِّبْحِ ، وعندَ زُفَرَ ﷺ: لا يَنْعَقِدُ البَيْعُ بينَ ربِّ المالِ والمُضَارِبِ ، وقد مَرَّ ذلك ثَمَّةَ .

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن» ، و«م» ، و«تح» ، و«غ» .

قَالَ: فَإِنْ كَانَ مَعَهُ أَلْفٌ بِالنِّصْفِ، فَاشْتَرَىٰ بِهَا عَبْدًا قِيمَتُهُ أَلْفَانِ، فَقَتَلَ الْعَبْدُ رَجُلًا خَطَأً، فَثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الْفِدَاءِ عَلَىٰ رَبِّ الْمَالِ، وَرُبْعُهُ عَلَىٰ الْمُضَارِبِ؛

غاية البيان

قولُه: (قَالَ: فَإِنْ كَانَ مَعَهُ أَلْفٌ بِالنِّصْفِ، فَاشْتَرَىٰ بِهَا عَبْدًا قِيمَتُهُ أَلْفَانِ، فَقَتَلَ الْعَبْدُ رَجُلًا خَطَأً، فَثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الْفِدَاءِ عَلَىٰ رَبِّ الْمَالِ، وَرُبْعُهُ عَلَىٰ الْمُضَارِبِ)، أي: قال في «**الجامع الصغير**».

وصورتُها فيه: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفةَ ﷺ: في رَجُل دفَع إلىٰ رَجُلٍ ألفَ درهم مُضَارَبةً بالنصفِ، فاشْتَرَىٰ بها عبدًا يُساوِي ألفَيْنِ، فقتَلَ العبدُ رَجُلًا خطأً. قال: الفداءُ عليهم أرباعًا، فثلاثةُ أرباعِه علىٰ ربِّ المالِ، ورُبْعُه علىٰ الذي أخَذ المالَ مُضَارَبةً، فإذا فَدَيَاه كان لربِّ المالِ ثلاثةُ أرباعِ العبدِ، وللآخرِ رُبعُ العبدِ، يخْدُمُ ربَّ المالِ ثلاثةَ أيَّامٍ والآخرَ يومًا»[(١)]. إلىٰ هنا لَفْظُ أصْلِ «**الجامع الصغير**».

اعلم: أن الدفعَ أوِ الفداءَ لا يَكُونُ إلىٰ المُضَارِبِ خاصَّةً، بل يَكُونُ إليه وإلىٰ ربِّ المالِ جميعًا؛ لأنهما ليْسَا مِن مُقْتَضياتِ المُضَارَبةِ؛ إذِ المَقْصُودُ منها الرِّبْحُ، ولا يحْصُلُ الرِّبْحُ بالدفعِ أو الفداءِ، ويَكُونُ الخِيارُ لهما جميعًا: إنْ [٦/٢٣٣ظ/م] شاءا فَدَيَا، وإنْ شاءا دَفَعا، فإذا فعَلا أيَّهما شاءَا؛ بَطَلَ عَقْدُ المُضَارَبَةِ.

أمَّا في صورةِ الدفعِ: فلأنه فات مالُ المُضَارَبةِ.

وأمَّا في صورةِ الفداءِ: فنصيبُ المُضَارِبِ بَطَلَ؛ لأن الضَّمانَ يُنَافِي عَقْدَ المُضَارَبةِ، ولأن بالفداءِ يتَقَرَّرُ نصيبُ المُضَارِبِ في العبدِ فيَمْلِكُه، فكان الفداءُ كالقِسْمةِ، وبها تَنْتَهِي المُضَارَبةُ.

فأمَّا نصيبُ ربِّ المالِ: فلأنَّ العبدَ صار كالزائلِ عن مِلْكِهما[(٢)]؛ لأنَّ المجْنِيَّ عليه استحَقَّ العبدَ، وبالفداءِ زال الِاسْتِحْقَاقُ فيه، فيَصِيران بالفداءِ كالمشتَرِيَيْنِ

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٢٢].

(٢) وقع بالأصل: «مسلكهما». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

لِأَنَّ الْفِدَاءَ مُؤْنَةُ الْمِلْكِ، فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِ الْمِلْكِ، وَقَدْ كَانَ الْمِلْكُ بَيْنَهُمَا أَرْبَاعًا، لِأَنَّهُ لَمَّا صَارَ الْمَالُ عَيْنًا وَاحِدًا ظَهَرَ الرِّبْحُ وَهُوَ أَلْفٌ بَيْنَهُمَا، وَأَلْفٌ لِرَبِّ الْمَالِ

ابتداءً، ولو اشتَرَياه ابتداءً لا يَكُونُ علىٰ المُضَارَبَةِ، فكذلك هذا، ويَبْقَىٰ العبدُ بينَهما أرباعًا، يخْدُمُ للمُضَارِبِ يومًا، ولربِّ المالِ ثلاثةُ أيَّامٍ.

وتمامُ البيانِ فيه: ما ذكَره شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ ﵀ في بابِ جنايةِ العبدِ مِن «**شرح الكافي**» للحاكمِ الشهيدِ قال: «ولو اشْتَرَىٰ المُضَارِبُ بألفِ المُضَارَبةِ عبدًا قيمتُه ألفُ درهمٍ، فجنىٰ جنايةً خطأً؛ لم يَكُنْ للمُضَارِبِ أن يَدْفَعَهُ بالجنايةِ؛ لأنه مِلْكُ ربِّ المالِ، والمُضَارِبُ ملَكَ التِّجَارَةَ، وهذا ليس مِن بابِ التِّجَارَةِ، فإنْ فدَاه المُضَارِبُ؛ كان متطوِّعًا فيما فعَلَ؛ لأنه فعَلَ ما لم يَجِبْ عليه، وكان العبدُ علىٰ المُضَارَبةِ؛ لأنه لم يَبْقَ عليه شيءٌ مِن حُكْمِ الجنايةِ.

ولو كان ربُّ المالِ حاضرًا قيل له: ادْفَعْه أو افْدِه، فإنْ دفَع ارتفَع العَقْدُ، وإنِ اختارَ الفداءَ أخَذَه، فلَمْ يَكُنْ للمُضَارِبِ عليه سبيلٌ؛ لأن المَقْصُودَ مِن الفداءِ استخلاصُ العبدِ لنفسِه، وإبقاءُ المِلْكِ فيه، وذاك يَقْتَضِي انفساخَ العَقْدِ.

فإذا أراد دفْعَه، فقال المُضَارِبُ: أنا أفْدِيه، ويَكُونُ علىٰ المُضَارَبَةِ؛ لأني أريدُ أنْ أَبِيعَه فأرْبَحَ فيه؛ كان له ذلك؛ لأنه قصَدَ استبقاءَ[1] حقِّ التصرُّفِ لنفسِه، فمَلَكه؛ إذْ لا ضرَرَ فيه بالمولىٰ.

ولو كان المُضَارِبُ غائبًا؛ لم يَكُنْ لربِّ المالِ أنْ يَدْفَعَه؛ لأنه في يدِ المُضَارِبِ، وإنما له أنْ يفْدِيَهُ؛ لأنه بالدفعِ تفُوتُ يدُ المُضَارِبِ مقصودًا، بخلافِ الفداءِ؛ لأنه يَفُوتُ العَقْدُ ضِمْنًا.

[٢/٤٤١ظ] ولو كان المُضَارِبُ اشْتَرَىٰ ببعضِ المُضَارَبةِ عبْدًا، فجَنىٰ جنايةً خطأً، وفي يدِ المُضَارِبِ مِن المُضَارَبةِ مِثْلُ الفداءِ أوْ أكثرُ لم يَكُنْ له أنْ يَفْدِيَه بالمالِ

(١) وقع بالأصل: «استيفاء». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

بِرَأْسِ مَالِهِ؛ لِأَنَّ قِيمَتَهُ أَلْفَانِ، وَإِذَا فَدَيَا خَرَجَ الْعَبْدُ عَنِ الْمُضَارَبَةِ، أَمَّا نَصِيبُ

الذي في يديه؛ لأنه ليس مِن التِّجَارَةِ، وهو مَأْذُونٌ في التِّجَارةِ.

ولو كان اشْتَرَىٰ بالألفِ عبدًا يُساوِي ألفيْنِ، فجنَىٰ جنايةً خطأً تُحِيطُ بقيمتِه، أوْ أقلَّ منها؛ لم يَكُنْ لواحدٍ منهما أنْ يَفْدِيَهُ حتَّىٰ يحْضُرا جميعًا؛ لأن المِلْكَ لهما، فكان الفداءُ عليهما، وأيُّهما فدَىٰ فقد [٦/٢٣٤و/م] تطوَّعَ به؛ لأنه فعَلَ ما ليس عليه فِعْلُه.

فإذا حَضَرا خُوطِبا بالدفْعِ أوِ الفداءِ، كما لو حَضَرا حالةَ الجنايةِ، فإنِ اختارا الفداءَ؛ فهو عليهما أرباعًا؛ لأنه مَؤونةُ المِلْكِ، فيتقَدَّرُ بقَدْرِه، ولا يَبْقَىٰ العبدُ علىٰ المُضَارَبةِ بعدما فدَاه مولاه؛ لأنه استخْلَصه لنَفْسِه.

فإنِ اختار المُضَارِبُ وحْدَه الدفعَ؛ دفَعَ بحِصَّتِه وهو الربعُ، ويُخَيَّرُ ربُّ المالِ في ثلاثةِ أرباعِ العبدِ بينَ الدفعِ والفداءِ؛ لأنها علىٰ مِلْكِه، فكان الخِيَارُ إليه، وخرَجَ العبدُ مِن المُضَارَبةِ لِمَا تضَمَّنَ مِن معنىٰ الإفرازِ[1] والقِسْمَةِ.

وكذا لو دفَع ربُّ المالِ ثلاثةَ أرباعِه، وفدَىٰ المُضَارِبُ رُبْعَه صحَّ، وكان له ذلك؛ لأنه فدَىٰ مِلْكَ نفسِه، ووقعَتِ القِسْمَةُ بينَهما؛ لأنه صار بالفداءِ مُسْتخلَصًا، فصار كما لو اقْتَسَما ابتداءً».

وقال الشيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ في «مختصره»: «قال محمدٌ رحمه الله: إذا اشْتَرَىٰ ببعضِ مالِ المُضَارَبةِ عبدًا يساوِي ألفًا، فقتَلَه رَجُلٌ عمدًا، فلا قِصاصَ فيه، وذلك لأن ربَّ المالِ لو اقتصَّ لم يَصِرْ مُسْتوفيًا لرأسِ مالِه بالقِصاصِ؛ لأن القِصَاصَ ليس بمالٍ، ولا يَجُوزُ أنْ يقتصَّ المُضَارِبُ؛ لأنه لم يتَعَيَّنْ له فيه مِلْكٌ، ولا يَجُوزُ أنْ يجْتَمِعَا علىٰ القِصَاصِ؛ لأن حقَّ كُلِّ واحدٍ منهما غيرُ مُعَيَّنٍ.

ولو كان اشْتَرَىٰ بمالِ المُضَارَبةِ ـ وهو ألفٌ ـ عبدًا قيمتُه ألفٌ، فقُتِلَ؛ فلِرَبِّ

(١) وقع بالأصل: «الإقرار». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

الْمُضَارِبِ **لِمَا بَيَّنَّاهُ**، وَنَصِيبُ رَبِّ الْمَالِ لِقَضَاءِ الْقَاضِي بِانْقِسَامِ الْفِدَاءِ عَلَيْهِمَا؛ لِمَا [١٠٢/و] أَنَّهُ يَتَضَمَّنُ قِسْمَةَ الْعَبْدِ بَيْنَهُمَا، **وَالْمُضَارَبَةُ تَنْتَهِي بِالْقِسْمَةِ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ؛ لِأَنَّ** جَمِيعَ الثَّمَنِ فِيهِ عَلَى الْمُضَارِبِ، وَإِنْ كَانَ لَهُ حَقُّ الرُّجُوعِ فَلَا حَاجَةَ إِلَى الْقِسْمَةِ، وَلِأَنَّ الْعَبْدَ كَالزَّائِلِ عَنْ مِلْكِهِمَا بِالْجِنَايَةِ، وَدَفْعُ الْفِدَاءِ كَابْتِدَاءِ الشِّرَاءِ **فَيَكُونُ الْعَبْدُ بَيْنَهُمَا** أَرْبَاعًا لَا عَلَى الْمُضَارَبَةِ **يَخْدُمُ الْمُضَارِبَ يَوْمًا وَرَبَّ الْمَالِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ.**

غاية البيان

المالِ القِصَاصُ؛ لأن مِلْكَه لا حَقَّ للمُضَارِبِ فيه، والباقِي يُعْلَمُ في «**شرح مختصر الكَرْخِيِّ**»[1].

قولُه: (لِمَا بَيَّنَّاهُ)، إِشَارَةٌ إلى قولِه: **(وَيَخْرُجُ نَصِيبُ الْمُضَارِبِ، وَهُوَ الرُّبْعُ مِنَ الْمُضَارَبَةِ؛ لِأَنَّهُ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ)**.

قولُه: (وَالْمُضَارَبَةُ تَنْتَهِي بِالْقِسْمَةِ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ).

إِشَارَةٌ إلى مسألةِ أَوَّلِ الفصلِ، وهو ما إذا ضاع الألفانِ بعدما اشْتَرَى بهما عبدًا؛ حيثُ لا يخْرُجُ العبدُ ثَمَّةَ عن المُضَارَبةِ، بل يَكُونُ ثلاثةُ أرباعِه على المُضَارَبةِ كما كانت، ورُبْعُه للمُضَارِبِ خاصَّةً، وقد مَرَّ البيانُ ثَمَّةَ.

قولُه: (بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ)، **يعني**: أن دَفعْ الفداءِ ههنا كابتداءِ الشِّرَاءِ، فيَخْرُجُ العبدُ عن المُضَارَبةِ، بخلافِ مسألةِ أَوَّلِ الفصلِ، فإن ثلاثةُ أرباعِ العبدِ لا تخْرُجُ عن المُضَارَبةِ؛ لأنَّ الواجبَ ثَمَّةَ دَفْعُ الثَّمَنِ، فلا يَكُونُ كابتداءِ الشِّرَاءِ، وتبقَى المُضَارَبَةُ فيها لعدمِ المُنَافَاةِ بخلافِ الربعِ؛ لأنه للمُضَارِبِ خاصَّةً، وتبْطُلُ المُضَارَبةُ فيه، وقد مَرَّ البيانُ ثَمَّةَ.

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/١١٠].

قَالَ: فَإِنْ كَانَ مَعَهُ أَلْفٌ، فَاشْتَرَىٰ بِهَا عَبْدًا، فَلَمْ يَنْقُدْهَا حَتَّىٰ هَلَكَ؛ يَدْفَعُ رَبُّ الْمَالِ ذَلِكَ الثَّمَنَ، وَرَأْسُ الْمَالِ جَمِيعُ مَا يَدْفَعُ؛ لِأَنَّ الْمَالَ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ، وَالِاسْتِيفَاءُ إِنَّمَا يَكُونُ بِقَبْضٍ مَضْمُونٍ، وَحُكْمُ الْأَمَانَةِ يُنَافِيهِ فَيَرْجِعُ مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَىٰ، بِخِلَافِ الْوَكِيلِ إِذَا كَانَ الثَّمَنُ مَدْفُوعًا إِلَيْهِ قَبْلَ الشِّرَاءِ وَهَلَكَ بَعْدَ الشِّرَاءِ؛ حَيْثُ لَا يَرْجِعُ إِلَّا مَرَّةً؛ لِأَنَّهُ أَمْكَنَ جَعْلُهُ مُسْتَوْفِيًا، لِأَنَّ الْوِكَالَةَ تُجَامِعُ

غاية البيان

قولُه: (قَالَ: فَإِنْ كَانَ مَعَهُ أَلْفٌ، فَاشْتَرَىٰ بِهَا عَبْدًا، فَلَمْ يَنْقُدْهَا حَتَّىٰ هَلَكَ؛ يَدْفَعُ رَبُّ الْمَالِ ذَلِكَ الثَّمَنَ، وَرَأْسُ الْمَالِ جَمِيعُ مَا يَدْفَعُ)، أي: قال في «الجامع [٦/٢٣٤ظ/م] الصغير».

وصورتُها فيه: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفةَ رضي الله عنهم: في رَجُلٍ دفَع إلىٰ آخرَ ألفَ درهمٍ مُضَارَبةً، فاشْتَرَىٰ بها عبدًا، فهلكَتِ الألفُ بعدَ الشِّرَاءِ، قال: علىٰ ربِّ المالِ أن يَدْفَعَ إليه ألفًا أُخرىٰ أبدًا، فإذا دفَعَها المُضَارِبُ إلىٰ البائِعِ، ثم باع العبدَ بِرِبْحٍ كثيرٍ؛ فرأسُ المالِ جميعُ ما دفَع إليه ربُّ المالِ، ثم يَقْتَسِمانِ الرِّبْحَ مِن بعْدُ»[1].

قال فخرُ الإسلامِ رحمه الله: «وقولُه[2]: «أبدًا» مِن الخواصِّ».

وحاصلُ المسألةِ [٢/٤٤٢و]: ما قالوا في «شروح الجامع الصغير»: «إن المُضَارِبَ إذا هلَك المالُ رَجَعَ مرَّةً، فإنْ هلَك رَجَعَ أُخرىٰ، فإنْ هلَكَ فكذلك، ثم كذلك أيضًا، حتىٰ يُسَلِّمَ إلىٰ البائع، والوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ إذا هلَك الثَّمَنُ قبلَ التَّسْلِيمِ إلىٰ البائع، فإنْ كان الثَّمَنُ منقودًا إليه، ثم اشْتَرَىٰ فهلَك الثَّمَنُ المنقودُ؛ رَجَعَ به علىٰ المُوَكِّلِ، فإذا هلَكَ بعْدَ ذلك لا يَرْجِعُ بذلك أبدًا.

وإنْ كان الثَّمَنُ غيرَ منقودٍ إليه، فاشْتَرَىٰ ثم قبَضَ الثَّمَنَ مِن المُوَكِّلِ، فهلَك

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٢٧ - ٤٢٨].
(٢) أي: قول صاحب «الجامع الصغير».

الضَّمَانَ كَالْغَاصِبِ إِذَا تَوَكَّلَ بِبَيْعِ الْمَغْصُوبِ، ثُمَّ فِي الْوَكَالَةِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ يَرْجِعُ مَرَّةً، وَفِيمَا إِذَا اشْتَرَىٰ ثُمَّ دَفَعَ الْمُوَكِّلُ إِلَيْهِ الْمَالَ فَهَلَكَ لَا يَرْجِعُ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ لَهُ حَقُّ الرُّجُوعِ بِنَفْسِ الشِّرَاءِ؛ فَجُعِلَ مُسْتَوْفِيًا بِالْقَبْضِ بَعْدَهُ، أَمَّا الْمَدْفُوعُ إِلَيْهِ قَبْلَ الشِّرَاءِ أَمَانَةً فِي يَدِهِ وَهُوَ قَائِمٌ عَلَى الْأَمَانَةِ بَعْدَهُ فَلَمْ يَصِرْ مُسْتَوْفِيًا، فَإِذَا هَلَكَ رَجَعَ عَلَيْهِ مَرَّةً ثُمَّ لَا يَرْجِعُ **لِوُقُوعِ الِاسْتِيفَاءِ عَلَىٰ مَا مَرَّ**.

غاية البيان

الثَّمَنُ قبْلَ التَّسْليمِ إلى البَائِعِ؛ يَغْرَمُ مِن مالِه، ولم يَرْجِعْ أصْلًا على المُوَكِّلِ.

والفرْقُ بينَ فصْلَي الوَكَالَةِ: أَنَّ قَبْضَ الوَكِيلِ قبلَ الشِّرَاءِ بحقِّ الأَمَانةِ دونَ الِاسْتِيفَاءِ، فإذا هلَكَ بعْدَ الشِّرَاءِ، ـ وهو دائمٌ على الأَمَانةِ، فرجَعَ به على المُوَكِّلِ ـ صار مُسْتوفيًا، ثم لا يَرْجِعُ بعْدَ ذلك لحصولِ الاستيفاءِ، وإذا كان الثمنُ غيرَ منقودٍ حتَّىٰ اشترىٰ ثم انتَقَدَ؛ كان مُسْتوفيًا، فلا يَرْجِعُ بعْدَ ذلك أصلًا.

والفرْقُ بينَ الوَكَالَةِ والمُضَارَبَةِ: أن الضَّمانَ لا يُنَافِي الوَكَالَةَ؛ ولهذا لو وَكَّلَ المَغْصُوبُ منه الغَاصِبَ بِبَيْعِ المَغْصُوبِ؛ يَصِيرُ وَكِيلًا، ولا يخْرُجُ عن الضَّمَانِ بمجرَّدِ الوَكَالَةِ، حتىٰ لو هلَكَ المَغْصُوبُ؛ يَجِبُ الضَّمانُ عليه، ولا يُعْتَبرُ أمينًا.

وعَقْدُ الوَكِيلِ يُوجِبُ دَيْنًا للبائعِ على الوَكِيلِ، وللوَكِيلِ على المُوَكِّلِ، فإذا قَبَضَ مِن المُوَكِّلِ بعْدَ الشِّرَاءِ؛ حُمِلَ قَبْضُه على جهةِ الِاسْتِيفَاءِ، لا على جهةِ الأَمَانةِ، فإذا اسْتَوْفَىٰ حقَّه مرَّةً؛ لم يَبْقَ الحقُّ أصلًا، بخلافِ المُضَارِبِ، فإن الضَّمانَ يُنَافِي المُضَارَبَةَ، فلا يَكُونُ ضامنًا بحالٍ، فيُحْمَلُ قبْضُه على جهةِ الأَمَانةِ، لا على جهةِ الِاسْتِيفَاءِ، فلو حُمِلَ على الِاسْتِيفَاءِ؛ لكان المُضَارِبُ ضامِنًا، وهو بَاطِلٌ، ولهذا رَجَعَ المُضَارِبُ مرَّةً بعدَ أُخرىٰ ما لم يُسَلِّمْ إلى البَائعِ.

قولُه: (**لِوُقُوعِ الِاسْتِيفَاءِ عَلَىٰ مَا مَرَّ**)، إِشَارَةٌ إلى قولِه: (**لِأَنَّهُ** [٦/٢٣٥و/م] **ثَبَتَ لَهُ حَقُّ الرُّجُوعِ بِنَفْسِ الشِّرَاءِ؛ فَجُعِلَ مُسْتَوْفِيًا بِالْقَبْضِ بَعْدَهُ**)، أي: بعدَ الشِّرَاءِ.

فَصْـــلٌ
فِي الِاخْتِلَافِ

قَالَ: فَإِنْ كَانَ مَعَ الْمُضَارِبِ أَلْفَانِ فَقَالَ: قَدْ دَفَعْتَ إِلَيَّ أَلْفًا، وَرَبِحْتَ أَلْفًا، وَقَالَ رَبُّ الْمَالِ: لَا بَلْ دَفَعْتُ إِلَيْكَ أَلْفَيْنِ؛ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُضَارِبِ.

غاية البيان

فَصْـــلٌ
فِي الِاخْتِلَافِ

أي: في الاختلافِ بينَ ربِّ المالِ والمُضَارِبِ. أخَّرَ الاختلافَ؛ لأن الأصلَ عدمُ الاختلافِ.

قولُه: (**قَالَ: فَإِنْ كَانَ مَعَ الْمُضَارِبِ أَلْفَانِ فَقَالَ: قَدْ دَفَعْتَ إِلَيَّ أَلْفًا، وَرَبِحْتَ أَلْفًا، وَقَالَ رَبُّ الْمَالِ: لَا بَلْ دَفَعْتُ إِلَيْكَ أَلْفَيْنِ؛ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُضَارِبِ**)، أي: قال في «**الجامع الصغير**».

وصورتُها فيه: «محمَّدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفةَ رضي الله عنهم: في رَجُلٍ دفَع إلىٰ رَجُلٍ ألفَ درهمٍ مُضَارَبةً، فرَبِحَ فيها ألفَ درهمٍ؛ فقال المدفوعُ إليه المالُ: دفعْتَ إلَيَّ ألفَ درهمٍ مُضَارَبةً، ورَبِحْتُ فيها ألفًا علىٰ أن الرِّبْحَ بينَنا نصْفَيْنِ. وقال ربُّ المالِ: دفعْتُ الألفَيْنِ مُضَارَبةً، قال: القولُ قولُ الذي أخَذ المالَ مُضَارَبةً»[1]. إلىٰ هنا لفْظُ محمَّدٍ في أصلِ «**الجامع الصغير**».

قال الفقيهُ أبو الليثِ: «وهذا قولُ أبي حنيفةَ الآخرُ، وهو قولُهما، وفي قولِ أبي حنيفةَ الأوَّلِ ـ وهو قولُ زُفَر رضي الله عنهما ـ: القولُ قول رب المالِ؛ لأن المُضَارِبَ ادَّعَىٰ شركةً في ذلك المالِ، وربُّ المالِ يُنْكِرُ، فكان القولُ قولَ ربِّ المالِ، ألَا تَرَىٰ أنه لو قال: دفعْتُ إليك بضاعةً؛ فالقولُ قولُه.

وجهُ قولِه الآخرِ ـ وهو قولُهما ـ: أن الاختلافَ وقَع في مقدارِ ما قَبَضَ

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٢٦ ـ ٤٢٧].

وَكَانَ أَبُو حَنِيفَةَ يَقُولُ أَوَّلًا: الْقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ الْمَالِ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ، لِأَنَّ الْمُضَارِبَ يَدَّعِي عَلَيْهِ الشَّرِكَةَ فِي الرِّبْحِ وَهُوَ يُنْكِرُ وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكِرِ، ثُمَّ رَجَعَ إِلَىٰ مَا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ؛ لِأَنَّ الِاخْتِلَافَ فِي الْحَقِيقَةِ فِي مِقْدَارِ الْمَقْبُوضِ، **وَفِي مِثْلِهِ الْقَوْلُ قَوْلُ الْقَابِضِ ضَمِينًا كَانَ أَوْ أَمِينًا**؛ لِأَنَّهُ أَعْرَفُ بِمِقْدَارِ الْمَقْبُوضِ؛ **وَلَوِ اخْتَلَفَا مَعَ ذَلِكَ فِي مِقْدَارِ الرِّبْحِ؛ فَالْقَوْلُ فِيهِ لِرَبِّ الْمَالِ**؛ لِأَنَّ الرِّبْحَ يَسْتَحِقُّ

غاية البيان

المُضَارِبُ، والمُضَارِبُ أنكَر زيادةَ القَبْضِ؛ لأنه يَقُولُ: ما قبضْتُ منك إلا ألفَ درهمٍ، وربُّ المالِ يَقُولُ: قبضْتَ مني ألفَيْ درهمٍ، فالقولُ قولُ المُضَارِبِ؛ لأنه أنكَر زيادةَ القَبْضِ، فإذا لم يَظْهَرْ إلا قبْضُ الألفِ؛ فالألفُ الزائدةُ تَكُونُ رِبْحًا.

أَلَا تَرَىٰ أن المُضَارِبَ لو جاء بألفَيْ درهمٍ، وقال: ألفُ درهمٍ مُضَارَبةٌ، وألفُ درهمٍ وَدِيعَةٌ لفلانٍ عندي، أوْ قال: ألفُ درهمٍ مُضَارَبةٌ، وألفُ درهمٍ مِن خالصِ مالي، وربُّ المالِ يَقُولُ [٢/٤٤٢ظ]: لا، ولكن ألفُ درهمٍ رأسُ المالِ، وألفُ درهمٍ رِبْحٌ؛ فالقولُ قولُ المُضَارِبِ بالاتِّفاقِ، فكذلك ههنا». كذا ذكَر الفقيهُ أبو الليثِ في «**شرح الجامع الصغير**».

قولُه: (وَفِي مِثْلِهِ الْقَوْلُ قَوْلُ الْقَابِضِ)، أي: وفي مِثْلِ هذا الاختلافِ، وهو الاختلافُ في مقدارِ المَقْبُوضِ، واحترَز بالاختلافِ في المقدارِ عن الاختلافِ في الصِّفَةِ، فإن القولَ فيه لرَبِّ المالِ، كما إذا قال: هي قَرْضٌ أوْ بضاعةٌ، وسَيَجِيءُ ذلك بعْدَ هذا.

قولُه: (ضَمِينًا كَانَ)، كَالغَاصِبِ **(أَوْ أَمِينًا)**، كَالْمُودَعِ. وذاك لأنه اعترَف بمقدارِ المَقْبُوضِ، أَلَا تَرىٰ أنه لو [٦/٢٣٥ظ/م] قال: لم أقبِضْ شيئًا؛ كان القولُ قولَه، وكذلك إذا اعترفَ بقَبْضِ شيءٍ دونَ شيءٍ.

قولُه: (وَلَوِ اخْتَلَفَا مَعَ ذَلِكَ فِي مِقْدَارِ الرِّبْحِ؛ فَالْقَوْلُ فِيهِ لِرَبِّ الْمَالِ)، ذكَر هذا تفريعًا علىٰ ما تقدَّم.

بِالشَّرْطِ وَهُوَ يُسْتَفَادُ مِنْ جِهَتِهِ، وَأَيُّهُمَا أَقَامَ الْبَيِّنَةَ [١٠٢/ظ] عَلَىٰ مَا ادَّعَىٰ مِنْ فَضْلٍ قُبِلَتْ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَاتِ لِلْإِثْبَاتِ.

وَمَنْ كَانَ مَعَهُ أَلْفُ دِرْهَمٍ، فَقَالَ: هِيَ مُضَارَبَةٌ لِفُلَانٍ بِالنِّصْفِ، وَقَدْ رَبِحَ أَلْفًا، وَقَالَ فُلَانٌ: هِيَ بِضَاعَةٌ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ الْمَالِ؛ لِأَنَّ الْمُضَارِبَ يَدَّعِي عَلَيْهِ تَقْوِيمَ عَمَلِهِ أَوْ شَرْطًا مِنْ جِهَتِهِ أَوْ يَدَّعِي الشَّرِكَةَ وَهُوَ يُنْكِرُ.

غاية البيان

قال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ رحمه الله في بابِ الاختلافِ مِن «**شرح الكافي**»: «فإنِ اختلَفا معَ ذلك فيما شُرِطَ له مِن الرِّبْحِ، فقال ربُّ المالِ: شرَطْتُ لك الثلثَ، وقال المُضَارِبُ: شرَطْتَ لي النِّصْفَ، فالقولُ قولُ المُضَارِبِ في رأسِ المالِ؛ لأنه يُنْكِرُ زيادةَ القَبْضِ، والقولُ قولُ ربِّ المالِ فيما شُرِطَ له مِن الرِّبْحِ؛ لأنه يُستفادُ مِن قِبَلِه.

ثم إذا احتَجْنا إلىٰ تَحْلِيفِ كُلِّ واحدٍ منهما فيما جعَلْنا فيه القوَلَ قولَه؛ نبدأُ ههنا بيمينِ المُضَارِبِ؛ لأنه ربَّما يَنْكُلُ، فيَصِيرُ كلُّ ما في يدِه رأسَ مالٍ، كما يَزْعُمُ ربُّ المالِ، فيُسْتَغْنَىٰ عن تَحْلِيفِ ربِّ المالِ.

فأمَّا إذا كان المالُ زائدًا علىٰ الألفيْنِ، وظهَر الرِّبْحُ؛ نَبْدَأُ أيضًا بيَمِينِه؛ لأن رأسَ المالِ هو الأصلُ، والرِّبْحُ متفرِّعٌ عنه، فإنْ أقاما البَيِّنَةَ؛ فالبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ ربِّ المالِ، ويَأْخُذُ الألفَيْنِ؛ لأنه المُدَّعِي لزيادةِ رأسِ المالِ، وقد أثبتَها بالبَيِّنَةِ.

فإنْ كان المالُ ثلاثةَ آلافٍ؛ كانتِ البَيِّنَةُ بَيِّنَةَ المُضَارِبِ علىٰ ما ادَّعَىٰ مِن الرِّبْحِ في الألفِ الفاضلةِ عن الألفَيْنِ؛ لأنه ادَّعَىٰ زيادةَ اسْتِحْقَاقٍ في الرِّبْحِ بشَرْطِه، وقد أَثْبَتَه بالبَيِّنَةِ». كذا في «**شرح الكافي**».

قولُه: (وَمَنْ كَانَ مَعَهُ أَلْفُ دِرْهَمٍ، فَقَالَ: هِيَ مُضَارَبَةٌ لِفُلَانٍ بِالنِّصْفِ، وَقَدْ رَبِحَ أَلْفًا، وَقَالَ فُلَانٌ: هِيَ بِضَاعَةٌ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ الْمَالِ)، وهذه مِن مسائلِ «**الجامع الصغير**».

وصورتها فيه: «محمَّدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفةَ رضي الله عنهم: في رَجُلٍ دفَع إلىٰ

وَلَوْ قَالَ الْمُضَارِبُ: أَقْرَضْتَنِي، وَقَالَ رَبُّ الْمَالِ: هِيَ بِضَاعَةٌ، أَوْ وَدِيعَةٌ؛ فَالْقَوْلُ لِرَبِّ الْمَالِ، وَالْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الْمُضَارِبِ؛ لِأَنَّ الْمُضَارِبَ يَدَّعِي عَلَيْهِ التَّمَلُّكَ وَهُوَ يُنْكِرُ.

غاية البيان

رَجُلٍ ألفَ درهم مُضَارَبةٍ، فرَبِحَ فيها ألفًا، فقال الذي أخَذَ المالَ مُضَارَبةً: دفعْتَ إلَيَّ ألفَ درهمٍ مُضَارَبةً على أن الرِّبْحَ بيننا نصْفَيْنِ، فرَبِحْتُ ألفًا، وقال ربُّ المالِ: دفعْتُ إليك ألفَ درهمٍ بضاعةً، فربحْتَ فيها ألفًا. قال: القولُ قولُ ربِّ المالِ»[1].

إلىٰ هنا لفْظُ أصْلِ «**الجامع الصغير**».

وذلك لأنهما اتَّفَقا علىٰ مقدارِ المَقْبُوضِ، إلا أن المُضَارِبَ ادَّعَىٰ عليه تقويمَ عمَلِه، أوِ ادَّعَىٰ الشَّرِكَةَ أوِ الشَّرْطَ، وربُّ المالِ يُنْكِرُ؛ فكان القولُ قولَه.

قولُه: (وَلَوْ قَالَ الْمُضَارِبُ: أَقْرَضْتَنِي، وَقَالَ رَبُّ الْمَالِ: هِيَ بِضَاعَةٌ، أَوْ وَدِيعَةٌ؛ فَالْقَوْلُ لِرَبِّ الْمَالِ، وَالْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الْمُضَارِبِ)، ذكرَه تفريعًا علىٰ ما تقدَّم.

قال القُدُورِيُّ في «شرح مختصر الكَرْخِيِّ»: «ولو قال المُضَارِبُ: أقرضتَني المالَ والرِّبْحُ لي، وقال ربُّ المالِ: دفَعْتُه إليك مُضَارَبةً، أوْ بضاعةً؛ فالقولُ قولُ ربِّ المالِ؛ لأن المُضَارِبَ يدَّعِي عليه التَّمْلِيكَ، فإنْ أقاما البَيِّنَةَ، فالبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ المُضَارِبِ [٦/٢٣٦و/م]؛ لأنها تُثْبِتُ التَّمْلِيكَ، ولأنه لا تَنافِيَ بينَ البيِّنَتَيْنِ؛ لجوازِ أن يَكُونَ أعطاه بضاعةً [٢/٤٤٣و]، أوْ مُضَارَبَةً، ثم أقرَضَه.

ولو قال المُضَارِبُ: دفعْتَ إلَيَّ مُضَارَبَةً، وقال ربُّ المالِ: أقرضتُكَ؛ فالقولُ قولُ المُضَارِبِ؛ لأنهما اتَّفَقا أن الأخذَ بإذْنِ المالكِ، وربُّ المالِ يدَّعِي علىٰ المُضَارِبِ الضَّمانَ؛ فالقولُ قولُه في نَفْيِه، فإنْ قامتْ لهما بَيِّنَةٌ؛ فالبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ ربِّ المالِ، وذلك لأنه يُثْبِتُ الضَّمانَ»[2].

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٢٧].
(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٥١].

وَلَوِ ادَّعَىٰ رَبُّ الْمَالِ الْمُضَارَبَةَ فِي نَوْعٍ، وَقَالَ الْآخَرُ: مَا سَمَّيْتَ لِي تِجَارَةً بِعَيْنِهَا؛ فَالْقَوْلُ لِلْمُضَارِبِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِيهِ الْعُمُومُ وَالْإِطْلَاقُ، وَالتَّخْصِيصُ بِعَارِضِ الشَّرْطِ، بِخِلَافِ الْوِكَالَةِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِيهِ الْخُصُوصُ.

غاية البيان

وقال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ رحمه الله في «**شرح الكافي**»: «وإذا دفَع الرَّجُلُ إلىٰ الرَّجُلِ مالًا فَربحَ فيه رِبْحًا، فقال العاملُ: أقرضتَنِي هذا المالَ، وقال الدافعُ: دفعْتُه إليك بضاعةً، أوْ قال: مُضَارَبةً بالثلُثِ، أوْ قال: مُضَارَبةً، ولم أُسَمِّ لك شيئًا، أوْ قال: سَمَّيْتُ لك مئةً مِن الرِّبْحِ؛ فالقولُ قولُ ربِّ المالِ.

لأنه في الأوَّلِ: يُنْكِرُ اسْتِحْقَاقَ شيءٍ مِن الرِّبْحِ عليه، وفي الثاني: يُنْكِرُ اسْتِحْقَاقَ زيادةٍ علىٰ قَدْرِ ثلثِ الرِّبْحِ، وفي الثالثِ والرَّابعِ: ليس له شيءٌ مِن الرِّبْحِ، فكان القولُ قولَه، قال: فإنْ هلَك المالُ في يدِ المُضَارِبِ بعْدَ هذا القولِ؛ صار ضامنًا للكُلِّ؛ لأنه بدَّلَ اليدَ بنفسِه، فصار غاصِبًا، فيضْمَنُ». كذا في «**شرح الكافي**».

قولُه: (وَلَوِ ادَّعَىٰ رَبُّ الْمَالِ الْمُضَارَبَةَ فِي نَوْعٍ، وَقَالَ الْآخَرُ: مَا سَمَّيْتَ لِي تِجَارَةً بِعَيْنِهَا؛ فَالْقَوْلُ لِلْمُضَارِبِ)، ذكرَ هذا أيضًا تفريعًا.

والأصلُ هنا: أن الأصلَ في المُضَارَبةِ: العمومُ والإطلاقُ لا التخصيصُ، ولهذا لو قال: خُذْ هذا الألفَ مُضَارَبةً بالنصفِ؛ له أنْ يَعْمَلَ في أنواعِ التجاراتِ، ولو لم يَكُنْ مقتضَىٰ العَقْدِ العمومَ لم يَصِحَّ إلا بالتخصيصِ.

فإذا اختلَفا: فالقولُ قولُ مَن يدَّعِي العمومَ؛ لأنه متمسِّكٌ بالأصلِ الذي هو مقتَضىٰ العَقْدِ، والآخرُ يدَّعِي أمرًا زائدًا؛ لأنه يدَّعِي زيادةَ شرْطٍ، فلا يُقْبَلُ قولُه، فإذا اتَّفقا أن العَقْدَ وقَع خاصًّا؛ فالقولُ قولُ ربِّ المالِ؛ لأنَّهما اتَّفقا علىٰ العدولِ عن ظاهرِ العَقْدِ، وعلىٰ أنه وقَع علىٰ الخصوصِ، فصار كالوَكالَةِ الخاصةِ إذا اختلفا فيها أن القولَ قولُ المُوَكِّلِ.

قال الكَرْخِيُّ في «مختصره»: «وقال الحسنُ بنُ زيادٍ رحمه الله: القولُ قولُ ربِّ

وَلَوِ ادَّعَىٰ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَوْعًا ؛ فَالْقَوْلُ لِرَبِّ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلَىٰ التَّخْصِيصِ ، وَالْإِذْنُ فِيهِ مُسْتَفَادٌ مِنْ جِهَتِهِ ، وَالْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الْمُضَارِبِ لِحَاجَتِهِ إِلَىٰ نَفْيِ الضَّمَانِ وَعَدَمِ حَاجَةِ الْآخَرِ إِلَىٰ الْبَيِّنَةِ .

غاية البيان

المالِ في الوجهَيْنِ جميعًا» .

قال القُدُورِيُّ رحمه الله **في «شرْحه»**: «ومِن أصحابنا مَن قال: إنه قول زُفَر ؛ لأن الأمر مستفاد مِن جهة رب المال ؛ فالقولُ قوله كيف أمَرَ ، فإنْ أُقِيمَتْ لهما بَيِّنَةٌ ؛ فالبينةُ بَيِّنَةُ ربِّ المالِ ؛ لأنهم إذا شهِدُوا بمُطْلَقِ المُضَارَبةِ ، فشهودُ ربِّ المالِ قد شهِدُوا بشرْطٍ زائدٍ ، فشهادتُهم أَوْلَىٰ»[1] .

فإنْ قال ربُّ المالِ [٦/٢٣٦ظ/م]: **دفعْتُ في البَزِّ ، وقال المُضَارِبُ: في الطعام** ؛ فالقولُ قولُ ربِّ المالِ في قولِهم ؛ لأنهما اتَّفَقا علىٰ خصوصِ العَقْدِ ، فلم يَجُزِ الرُّجُوعُ إلىٰ ما يقْتَضِيه العَقْدُ ، فكان القولُ قولَ مَن اسْتُفِيدَ الإذْنُ مِن جهتِه ، فإنْ قامَتْ لهما البَيِّنَةُ ؛ كانت بَيِّنَةُ المُضَارِبِ أَوْلَىٰ ؛ لأنه يَنْفِي الضَّمانَ عن نفسِه ، وهو محتاجٌ إلىٰ ذلك ، والآخرُ لا يَحْتَاجُ إلىٰ ذلك .

ولو تعارَضَتِ البيِّنتانِ في صفةِ الإذنِ ، وقد وَقَّتَا وقْتًا ؛ فالوقتُ الأخيرُ أَوْلَىٰ ؛ لأن الشَّرْطَ الثاني يَنْقُضُ الأوَّلَ ، فكان الرُّجُوعُ إليه أَوْلَىٰ ، كما إذا قال ربُّ المالِ: دفعْتُ إليك ألفًا مُضَارَبةً في بَزٍّ في رمضانَ ، وقال المُضَارِبُ: دفعْتَ إلَيَّ ألفًا مُضَارَبةً في طعامٍ في شوَّالٍ ، وأقاما بَيِّنَةً ؛ كانت بَيِّنَةُ المُضَارِبِ أَوْلَىٰ .

وقال في «تجريد المحيط»: «واعلمْ بأنَّ العمومَ في المُضَارَبةِ كما يَثْبُتُ [٢/٤٤٣ظ] بالتنصيصِ عليه ؛ يَثْبُتُ مقتَضَىٰ لفْظِ المُضَارَبةِ ، وإذا اختلفا علىٰ الوجهِ الذي ذَكَرْنا ، وكان ذلك قبلَ التصرُّفِ ؛ كان القولُ قولَ ربِّ المالِ ، ويُجْعَلُ إنكارُ

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٥٠] .

وَلَوْ وَقَّتَتِ الْبَيِّنَتَانِ وَقْتًا فَصَاحِبُ الْوَقْتِ الْأَخِيرِ أَوْلَىٰ؛ لِأَنَّ آخِرَ الشَّرْطَيْنِ يَنْقُضُ الْأَوَّلَ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

غاية البيان

ربِّ المالِ العمومَ نَهْيًا له عن العمومِ، ولو ثَبَتَ العمومُ بالنصِّ، أوْ باتِّفاقِهما، ثم نهاه ربُّ المالِ عن العمومِ قبلَ التصَرُّفِ عمِل بنهيِه، فكذلك هذا.

وأمَّا إذا كان هذا الاختلافُ بعدَ التصَرُّفِ؛ فالقولُ قولُ المُضارِبِ معَ يمينِه استحسانًا، وعلىٰ ربِّ المالِ البَيِّنَةُ، وبالاستحسانِ أخَذَ علماؤُنا رحمهم الله، والقياسُ: أنْ يَكُونَ القولُ قولَ ربِّ المالِ معَ يمينِه، وبالقياسِ أخَذ زُفَرُ رحمه الله.

وإنْ كان ربُّ المالِ يدَّعِي العمومَ، والمُضَارِبُ يدَّعِي الخصوصَ بعدَ التصَرُّفِ؛ فالقولُ قولُ ربِّ المالِ قياسًا واستحسانًا، وعلىٰ المُضَارِبِ البَيِّنَةُ، وأجمعوا علىٰ أنهما إذا اتَّفَقا علىٰ الخصوصِ، واختلَفا في الجنسِ الذي وقَع فيه الخصوصُ، فقال ربُّ المالِ: أذِنْتُ لك في الْبَزِّ، وقال المُضَارِبُ: أذِنْتَ لي في الطعامِ، وكان هذا الخلافُ بعدَ تصرُّفِ المُضَارِبِ؛ أن القولَ قولُ ربِّ المالِ.

ولو أقاما جميعًا البَيِّنَةَ فيما إذا ادَّعَىٰ المُضَارِبُ العمومَ، وربُّ المال ادَّعَىٰ الخصوصَ، أوْ علىٰ العكسِ: إنْ وَقَّتَتِ البيِّنتانِ وقْتًا إحدَاهما قبلَ صاحبَتِها؛ فإنه يُقْضَىٰ بِبَيِّنَةِ الذي[1] يُثْبِتُ آخرَ الأمرَيْنِ.

ولو لم تُوَقِّتِ البيِّنتانِ وقْتًا، أوْ وَقَّتَتا والوقتانِ علىٰ السواءِ، أوْ وَقَّتَتْ إحدَاهما، ولم تُوَقِّتِ الأُخرىٰ، ولم يُعْلَمِ الأوَّلُ مِن الآخَرِ؛ فإنه يُقْضَىٰ بِبَيِّنَةِ الذي يدَّعِي الخصوصَ؛ لأن مُدَّعِيَ الخصوصِ أثْبَتَ ببَيِّنَتِه ما ليس بثابتٍ، وهو تغْييرُ العَقْدِ عن [٦/٢٣٧و/م] مقتَضاه بشَرْطٍ زائدٍ اقترَنَ به.

[والله أعلم

(١) وقع بالأصل: «التي». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

وهذا آخِرُ الدفترِ الثالثَ عشرَ مِن كتابِ: «**غاية البيان في شرح الهداية**» حرَّرَه مؤلِّفه الفقيرُ إلى اللهِ: قِوَامُ الدِّينِ أبو حنيفةَ أميرُ كاتِبِ بنِ أميرِ عُمَرَ العَمِيدُ الفارَابِيُّ الأَتْقَانِيُّ في العاشرِ مِن ذي الحجَّةِ مِن سنةِ إحدى وأربعين وسبعِ مئةٍ ببغدادَ عَمَّرها اللهُ تَعالى. أتمَّه اللهُ تَعالى بعَوْنِه وكَرَمِه.

ويتلوه في الدفترِ الرابعَ عشرَ: كتابُ الوديعةِ إنْ شاء اللهُ تَعالى][1].

---

(١) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح».

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة

كِتَابُ الدَّعْوَى ٥

بَابُ الْيَمِينِ ٤٣

فَصْلٌ فِي كَيْفِيَّةِ الْيَمِينِ وَالِاسْتِحْلَافِ ٩٦

بَابُ التَّحَالُفِ ١٢٢

فَصْلٌ فِيمَنْ لَا يَكُونُ خَصْمًا ١٨٤

بَابُ مَا يَدَّعِيهِ الرَّجُلَانِ ١٩٦

فَصْلٌ فِي التَّنَازُعِ بِالْأَيْدِي ٢٧٠

بَابُ دَعْوَى النَّسَبِ ٢٨٧

كِتَابُ الْإِقْرَارِ ٣٢٣

فَصْلٌ ٣٧٠

بَابُ الِاسْتِثْنَاءِ وَمَا فِي مَعْنَاهُ ٣٧٩

بَابُ إِقْرَارِ الْمَرِيضِ ٤٢٠

فَصْلٌ ٤٣٨

كِتَابُ الصُّلْحِ ٤٥١

فَصْلٌ ٤٧٤

بَابُ التَّبَرُّعِ بِالصُّلْحِ وَالتَّوْكِيلِ بِهِ ٥٠١

بَابُ الصُّلْحِ فِي الدَّيْنِ ٥١٠

فَصْلٌ فِي الدَّيْنِ الْمُشْتَرَكِ ٥٣٠

الموضوع	الصفحة

فَصْلٌ فِي التَّخَارُجِ ٥٥١

كِتَابُ الْمُضَارَبَةِ ٥٦٥

بَابُ الْمُضَارِبِ يُضَارِبُ ٦١٥

فَصْلٌ ٦٢٩

فَصْلٌ فِي الْعَزْلِ وَالْقِسْمَةِ ٦٣٢

فَصْلٌ فِيمَا يَفْعَلُهُ الْمُضَارِبُ ٦٤٨

فَصْلٌ آخَرُ ٦٧٠

فَصْلٌ فِي الِاخْتِلَافِ ٦٨١